

THÈSE DE

PARIS.

1887.

N^o. 125.

FACULTE DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

ET SPÉCIALEMENT

DE LA COMBINAISON DE CETTE QUOTITÉ

AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE ORDINAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 17 Février 1887, à deux heures et demie.

PAR

Fernand VEDIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants : { MM. DEMANTE, professeur
GLASSON, id.
CHAVEGRIN, agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1887

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

ET SPÉCIALEMENT

DE LA COMBINAISON DE CETTE QUOTITÉ

AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE ORDINAIRE

FACULTE DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DES
DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DROIT FRANÇAIS
DE LA
QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

ET SPÉCIALEMENT
DE LA COMBINAISON DE CETTE QUOTITÉ
AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE ORDINAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le Jeudi 17 Février 1887, à deux heures et demie.

PAR
Fernand VEDIE
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

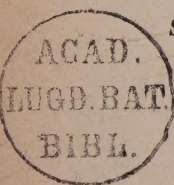
Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants : { MM. DEMANTE, professeur
GLASSON, id.
CHAVEGRIN, agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur
les autres matières de l'enseignement.

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, Rue Racine, 23

1887



MEIS ET AMICIS

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

INTRODUCTION

L'histoire de la législation romaine en matière de donations entre époux présente plusieurs phases bien distinctes, mais que l'on ramène principalement à deux, entre lesquelles la limite est marquée par un sénatusconsulte, rendu en l'an 206 de notre ère, sur la proposition de l'empereur Antonin Caracalla. D'abord permises, bien que rarement pratiquées ; plus tard prohibées d'une façon absolue, sauf quelques dérogations plus ou moins justifiées, et dans lesquelles, comme nous le verrons plus loin, la logique avait souvent cédé le pas à la bienveillance dans l'interprétation de la règle, les donations entre époux prirent, à partir du sénatusconsulte un caractère nouveau. Elles ne devinrent pas valables *a priori*, mais il fut admis que la mort du donateur survenue au cours du mariage, et sans qu'il eût manifesté la volonté de révoquer sa libéralité (ce qu'il était d'ailleurs toujours

libre de faire), aurait pour effet de confirmer cette libéralité de manière à la rendre inattaquable. Il y avait là une assimilation avec le genre de donations qu'on appelle : *à cause de mort*, assimilation contre laquelle Justilien devait réagir à son tour. Étudier d'une part l'ancienne prohibition et ses origines ; d'autre part l'innovation du S. C. dont nous venons de montrer le caractère général : tel sera l'objet de ce travail dont la division en deux parties se trouve ainsi naturellement indiquée.

On a remarqué (1) que c'était principalement la prohibition des donations entre époux qui avait donné occasion aux jurisconsultes romains de déterminer avec exactitude les principes qui régissent toutes les donations. Peut-être ne sera-t-il pas hors de propos de rappeler à grands traits ces principes, avant d'entrer à proprement parler dans notre sujet.

Les Institutes, au moment de traiter de la donation (II, 7, pr.) s'expriment ainsi : « *Est et aliud genus acquisitionis, donatio.* » Il semblerait donc, tant en raison des termes employés que de la place que la matière occupe, que la donation est présentée comme un des modes par lesquels on acquiert la propriété. Rien n'est moins exact. D'une part, il peut y avoir donation, non-seulement dans un transport de propriété ou la constitution d'un droit de servitude, mais encore dans un autre acte, tel que remise de dette, ou obligation. D'autre part, et à aucune

1. M. de Savigny, Traité de droit romain (trad. Guenoux), t. IV, § 142, p. 7. V. aussi p. 170.

époque du droit romain, la donation, à elle seule, n'a eu la vertu de transférer la propriété. Elle sera, par exemple, la *justa causa* sur laquelle reposera une tradition translatrice de propriété (Inst. II, 1, *De div. rer.*, § 40), ou encore, elle servira de titre à une usucapion (Inst. II, 6, *De usuc. pr.*). Mais, si la propriété est transférée, ce sera par un des moyens ordinaires.

En réalité, l'expression juridique de donation, ne correspond pas à un acte particulier comme celle de vente ou d'échange, par exemple. Elle a une portée bien autrement large. Susceptible de se rencontrer dans des hypothèses de nature très diverse, de se réaliser par des actes variés, pourvu que certains caractères déterminés s'y retrouvent, la donation se définira, avec toute la généralité nécessaire : « un acte par lequel une personne
« (donateur) se dépouille gratuitement au profit d'une
« autre personne (donataire) (1). » Nous allons développer cette définition.

Nous disons que toutes les fois que, dans un acte entre-vifs il y aura : 1° intention chez une personne d'en enrichir une autre ; 2° appauvrissement effectif de la première ; 3° enrichissement réel et corrélatif de la seconde : nous serons en présence d'une donation. Nous appelons *donateur*, la personne chez laquelle nous supposons d'une part l'intention libérale (*animus donandi*) et d'autre part un appauvrissement, c'est-à-dire, en géné-

1. M. Accarias, Précis de droit romain, t. I, n° 301. V. aussi Savigny, *op. cit.*, t. IV, §§ 142, 143.

ral, le sacrifice d'un droit acquis. Nous nommons *donataire* l'autre partie dans l'acte, celle qui est enrichie, c'est-à-dire qui voit la valeur de son patrimoine augmentée par l'acquisition d'un avantage ou l'extinction d'une charge appréciable en argent.

En avançant que la donation appelle l'idée d'un acte entre-vifs, nous n'entendons pas forcément par là une *convention*. Autrement dit, il peut y avoir donation sans la volonté du donataire, qui, le plus souvent, n'aura pas même connaissance de l'acte du donateur.

C'est le cas d'un créancier qui, dans une intention libérale, dirige la procédure qu'il a entamée contre son débiteur, de façon à voir sa demande rejetée (l. 5, § 7, D. de don. int. vir et ux., 24, 1 ; l. 3, § 1. *quæ in fraud.*, 42, 8) ; ou encore qui reconnaît en justice que son adversaire ne lui doit rien (l. 29, § 1, de don. 39, 5). C'est encore le cas de celui qui, *animo donandi*, paie la dette d'un tiers à l'insu de ce dernier (l. 7, § 7 ; l. 50 pr., de don. int. vir. ; l. 23, de solut., 46, 3 ; l. 12, C. de neg. gest., 2, 19). Le donataire pourrait d'ailleurs connaître l'acte, mais non comme acte de libéralité. Par exemple, se croyant, mais à tort, investi d'une créance, il en reçoit le montant d'une personne qui ne paie que dans l'intention de l'enrichir (l. 53, de reg. jur., 50, 17). Dans ces diverses hypothèses, il y aurait toujours donation.

Maintenant, peut-on ranger en plusieurs catégories déterminées l'ensemble des actes susceptibles de présenter le caractère de donation ? Oui. Ces actes seront toujours :

1° ou une *dation*, en prenant ce mot dans son sens le plus étendu, c'est-à-dire signifiant transfert soit de la propriété quiritaire ou bonitaire, soit d'un droit réel civil ou prétorien, à l'exception de l'hypothèque qui n'est qu'une sûreté accessoire n'ajoutant rien au patrimoine (l. 1, § 19, *si quid in fraud. patr.* 38, 5); 2° ou une obligation contractée *verbis* ou *litteris*; 3° ou enfin une remise de dette. Le mot *donatio* en lui-même et d'après l'étymologie que nous en trouvons dans Paul (l. 35, § 1, *de mort. causâ don.*, 39, 6), aurait dû s'appliquer d'une façon technique aux seules transmissions de propriété faites en esprit de libéralité. « *Donatio dicta est a dono; quasi dono datum.* » Telle a bien pu être en effet la conception primitive. Toujours est-il que la dation reste la forme la plus ordinaire sous laquelle se présentait la donation. Mais d'ailleurs il est vrai de dire que l'idée de donation, avec les conséquences juridiques qu'elle entraîne, était admise dans des actes rentrant dans l'une ou l'autre des trois classes ci-dessus indiquées, c'est-à-dire s'effectuant *dando, vel obligando, vel liberando*.

Arrivons à ces conséquences juridiques. En laissant de côté la prohibition si remarquable qui frappa les donations à une certaine période de la législation romaine, quand elles intervenaient entre époux, le caractère de donation imprimé à un acte, le fit soumettre, suivant les époques, soit à des conditions de perfection toutes spéciales, soit à des causes de révocabilité non admises en d'autres matières.

I.— La simple convention de donner, l'accord de deux parties pour se faire une donation l'une à l'autre, ne constituait pas un contrat. Par conséquent (et tel fut le principe jusqu'à Justinien, du reste), à moins que cet accord de volontés n'eût été revêtu des formes de la stipulation, il n'en résultait aucun effet de droit, aucune obligation, aucune action.

Ainsi, pour faire une donation, « il fallait nécessairement employer les modes ordinaires mis par la loi à la disposition des personnes qui veulent en général faire une aliénation, contracter un engagement, renoncer à un droit » (1). Avait-on recouru à l'un de ces modes, l'intention libérale avait-elle pris corps dans un acte juridique parfait, la donation était parfaite elle-même et à l'abri des changements de volonté du disposant. Tel fut au moins le droit primitif.

Un premier changement fut apporté par la loi Cincia, plébiscite rendu en l'an 549 ou 550 de la fondation de Rome. A partir de cette époque, il fallut distinguer, parmi les donations, celles dont le chiffre excédait un certain taux (*modus legitimus*), et, dans ces dernières même, celles qui étaient adressées à certaines personnes qu'unissait au donateur un lien de parenté naturelle, de puissance ou d'affection, et qu'on appelait *personæ exceptæ* (*fragm. vat.*, §§ 298 à 309). Les donations ne dépassant pas le taux dont il s'agit, ou même le dépassant,

1. M. Demangeat, Cours de droit romain, t. I, p. 593.

mais faites aux *personæ exceptæ*, restèrent soumises à la législation antérieure. Quant aux autres, ce qu'elles renfermaient d'excessif n'était pas annulé ; il n'y avait même aucune sanction proprement dite de la défense de donner en dehors des conditions prévues : si tant est, cependant, qu'il y ait eu véritable défense prononcée, ce dont il est permis de douter, ne serait-ce que par l'inconséquence que prête au législateur romain une manière de voir qui a fait dire de la loi nouvelle qu'elle était une *lex imperfecta* (Ulp. *reg.*, I, § 1). On put donc encore donner, à une personne, quelconque, *ultrà modum*. Seulement, et c'est ce qu'on peut avancer de plus général en ce sujet, dans les donations excessives, un plus complet dessaisissement du donateur était exigé pour que l'intention de donner fût réputée suffisamment certaine, et qu'en conséquence la donation fût parfaite. La loi voulait « qu'aucun rapport juridique fondé sur la donation ne subsistât entre les parties » (1). Ainsi, le donataire avait-il à exercer une action pour percevoir le bénéfice effectif de la libéralité, cette action était paralysée par l'*exceptio legis Cinciae*. Le donataire était-il, au contraire, déjà nanti, la loi ne permettait pas au donateur de revenir directement et par une action spéciale sur ce qu'il avait fait, mais elle rendait, pour ainsi dire, toute leur vigueur, aux moyens de droit commun qu'il pouvait avoir pour arriver au même résultat ; moyens qui, autrement,

1. M. Accarias, Précis de droit romain, t. I, n° 303.

eussent été sans efficacité entre ses mains (par exemple, la revendication d'un immeuble *mancipi* livré sans mancipation, et de laquelle, dans toute autre hypothèse, l'*exceptio rei donatæ et traditæ* eût triomphé).

En principe, la ressource que la loi Cincia offrait au donateur devait passer à ses héritiers avec les autres droits compris dans son patrimoine. Toutefois, suivant une doctrine consacrée par des rescrits de Caracalla et de Dioclétien (*fr. vat.*, §§ 266 et 312), si le donateur avait persévéré jusqu'à sa mort dans sa volonté de donner, l'héritier qui eût invoqué l'exception de la loi se serait vu repousser par une *replicatio doli*. De là, la maxime : *Morte Cincia removetur*. (*fr. vat.*, § 259).

La loi Cincia tomba en désuétude, probablement au commencement du IV^e siècle (*nov. 162, cap. 1*); et, vers la même époque se fit jour une théorie nouvelle; celle de l'insinuation. C'était une formalité consistant, soit dans la copie entière, soit dans la mention analytique de l'acte de donation sur les registres du magistrat supérieur ou du juge local. Cette formalité, d'abord facultative, fut rendue obligatoire par Constance Chlore à peine de nullité (l. 1, C. th. *de sponsal.*, 3, 5), et pour toutes donations. Un peu plus tard, on n'y soumit que les donations excédant deux cents solides. Une autre formalité, la rédaction par écrit de la donation fut prescrite par Constantin (*fr. vat.* § 249, l. 27, C. *de donat.* 8.54); mais en suite supprimée par Théodose-le-Jeune et Valentinien (l. 29, C. *eod. tit.*).

Si l'on ajoute à ces documents législatifs une Constitution d'Antonin-le-Pieux qui, par exception, avait rendu obligatoire entre ascendants et descendants la simple convention de donation, du moins si elle était écrite et l'écrit remis au donataire (*fr. vat.* §§ 249 et 314. — *Paul Sent.* IV, 1, § 11), on possédera l'ensemble des règles auxquelles les donations étaient soumises au moment de l'avènement de Justinien. Ce prince apporta lui-même en notre matière deux innovations. D'une part, il généralisa la décision d'Antonin-le-Pieux, en rendant productive d'obligation entre toutes personnes la convention de donner, écrite ou non écrite. En sorte que l'accord des volontés pour donner, accord qui, dans le droit antérieur, restait sans valeur s'il ne s'était traduit dans les formes solennelles de la stipulation, aucun lien de droit n'existant jusqu'à la réalisation même de la donation, emporta désormais, au contraire, la nécessité d'exécuter, le donataire étant armé à cet effet d'une *condictio ex lege* (l. 35 § 5 *C. de donat.* 8.54).

D'autre part, Justinien ne soumit plus à l'insinuation que les donations supérieures à 500 solides. Ces donations d'ailleurs, en l'absence de la formalité, ne furent nulles que pour l'excédent; mais c'était une nullité de plein droit, et, à la différence du système de la loi Cincia, le décès du donateur ne pouvait jamais la couvrir.

Etaient, au surplus, dispensées absolument de l'insinuation, certaines donations présentant un caractère exceptionnel : les donations *dotis causâ* (l. 31 pr. *C. de jure*

dot. 5, 12), les donations adressées à l'Empereur ou émanant de lui. (l. 34 pr. C. *de donat.*) et quelques autres.

II. — En dehors des cas d'application, soit de la *querela inofficiosæ donationis*, soit de l'action Paulienne, cas où la révocation qui peut frapper les donations n'est pas quelque chose de particulier et d'original, les donations furent soumises (au moins dans le dernier état du droit romain) à des causes de révocation spéciales. Ainsi, suivant une décision de Constantin et de Constance, le patron qui, n'ayant pas d'enfants, avait donné à son affranchi la totalité ou une quote-part de ses biens put révoquer sa donation s'il lui survenait un enfant par la suite (L. 8, C. *de rev. don.* 8, 56). D'autre part, et par le développement d'une idée dont on peut voir le germe dans une Constitution de l'empereur Philippe, rendue précisément à propos de donations faites par des patrons à leurs affranchis (*fr. vat.* § 272), le droit de révocation pour ingratitude fut accordé en l'an 349 au père et à la mère, et en l'an 426 à tous les ascendants (l. l. 7 et 9 C. *de rev. don.*). Justinien rendit générale cette cause de révocation, tout en précisant législativement les cas d'ingratitude. La révocation se poursuivait au moyen d'une *condictio ex lege*, simple action personnelle et qui ne pouvait être exercée que par le donateur et que contre le donataire : c'est-à-dire qu'elle s'éteignait par le décès de l'un d'eux (l. l. 7 et 10 C. *de rev. don.*).

Terminons ce rapide aperçu de la théorie romaine des donations en rappelant la division en deux grandes clas-

ses que ces actes comportaient. « *Donationum autem duo sunt genera, mortis causa et non mortis causa.* » (Inst. II, 7, pr.). La donation à cause de mort est celle que le donateur subordonne à la condition de son prédécès par rapport au donataire ; soit dans la pensée de la mort en général, soit en prévision d'un péril particulier auquel lui, donateur, va être exposé. Dans ce dernier cas, s'il échappe au péril prévu, la donation tombera ; mais elle n'en tomberait pas moins, s'il succombait, à supposer que le donataire fût mort le premier. Ce pourrait être d'ailleurs le prédécès d'un tiers, aussi bien que celui du donateur qui fût mis en condition dans la donation à cause de mort (l. 11, l. 18 *pr. de m. c. don.* 39, 6). Il faut ajouter que, dans ce genre de dispositions, le donateur est réputé s'être réservé la faculté de révoquer en cas de repentir, jusqu'à sa mort (l. 16, l. 30, *h. t.*) ; mais il pouvait aussi renoncer à ce droit de révocation (l. 13 § 1, l. 35 § 4). En sorte qu'on a pu définir exactement la donation à cause de mort « celle qui ne devient jamais parfaite avant la mort du donateur, étant révocable *naturellement* par son repentir, *essentiellement* par sa survie (1) ».

Nous reviendrons plus loin sur ces donations spéciales que l'on permit entre époux alors que les donations entre-vifs leur étaient interdites (l. 9 § 2 *de don. int. vir. et ux*, 24, 1). Outre ce point particulier, des différences no-

1. M. Accarias, *op. cit.*, t. I, n° 307.

tables séparaient des donations ordinaires les donations à cause de mort. A l'époque classique, la loi Cincia ne les atteignit pas ; c'eût été inutile, puisqu'en principe le donateur restait toujours maître de revenir sur sa libéralité. On discutait d'ailleurs (Inst. II, 7 § 1), s'il fallait, en thèse générale, les traiter comme donations ou comme legs ; car elles avaient quelque chose de ces deux modes de disposer. Justinien trancha la controverse en les assimilant aux legs ; en conséquence, elles ne furent pas soumises à l'insinuation, mais à l'exemple du fidéicommis verbal, elles requièrent la présence de cinq témoins (l. 4, C. de mort. causâ don. 8, 57) quelle que fût leur importance. D'autre part, la Constitution par laquelle Justinien rendit la convention de donner obligatoire (l. 35, C. de don., 8, 54) fut faite expressément pour les donations à l'égard desquelles la question de la nécessité de l'insinuation pouvait être posée : c'est dire qu'elle ne s'appliqua pas aux donations à cause de mort.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA PROHIBITION DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

Nous nous proposons d'étudier dans cette première partie, et sous trois chapitres distincts, d'abord l'origine et les motifs de la prohibition des donations entre époux ; ensuite, l'étendue de cette prohibition ; enfin la sanction qu'elle recevait.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET MOTIFS DE LA PROHIBITION.

Nous avons dit qu'à Rome les donations entre époux avaient d'abord été permises, mais peu usitées : c'était la double conséquence d'un même fait, la fréquence des mariages accompagnés de *manus*.

Cette puissance, calquée sur la *patria potestas* que nous considérons ici comme appartenant au mari sur la femme, mais qui, du reste, pouvait se rencontrer ailleurs que dans l'hypothèse du mariage, ne dut sans doute jamais se produire comme une suite immédiate et inévitable des *justæ nuptiæ*. Ce qui le prouve, au moins pour

l'époque de la loi des XII Tables, c'est que cette loi fournissait elle-même à la femme mariée le moyen d'échapper à la *manus* qui résultait de la cohabitation d'une année avec le mari (1).

Mais, s'il fallut toujours pour produire la *manus*, ou une solennité spéciale (*confarreatio*, *coemptio*), ou, du moins, une circonstance indépendante du mariage même (*usus*) il est infiniment probable que, dans les premiers siècles de Rome, les époux entre lesquels la *manus* n'existait pas formèrent une très faible minorité. Or, les effets de la *manus* établie *matrimonii causa* se caractérisent d'un mot : la femme était, par rapport à son mari, *loco filiae*, c'est-à-dire que ses biens s'absorbaient dans ceux de son mari (Gaius, I, §§ 111, 114 ; III, § 83). Dans ces conditions, il n'eût pas seulement été inutile, il eût été impossible de prohiber les donations entre époux. La femme *in manu* n'ayant rien à elle, ne pouvait rien donner à son mari ; pas plus que le mari ne pouvait lui faire de donation, car c'eût été se donner à lui-même. Pour concevoir une donation entre époux, il faut supposer que les patrimoines des époux restent séparés, que leur personnalité juridique est distincte, c'est-à-dire qu'il y a entre eux mariage exempt de *manus*, mariage libre, suivant l'expression consacrée.

De tels mariages formèrent donc longtemps l'except-

1. *Lege XII Tabularum cautum erat si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinotio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet* (Gaius, I, § 111).

tion. Vint, au contraire, une époque où, avec le changement des mœurs, ils se développèrent et devinrent la situation normale; en sorte que les époux purent passer entre eux toutes sortes de contrats. Leur liberté, toutefois, fut restreinte sur un point : on leur défendit de se faire des donations.

Les textes nous présentent la prohibition des donations entre époux comme l'œuvre des mœurs nationales, et non comme la décision d'une loi formelle. « *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent* » dit Ulpien dans la loi 1^{re}, au Digeste, *De don. int. vir. et ux.*, 24, 1. Le S. C. de Caracalla, de l'an 206, s'exprime de même : « *Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt* » (l. 3, pr., h. t.). De sorte que nous aurions affaire à cette source du droit que les Romains nommaient *jus non scriptum*. Comme les donations entre époux avaient d'abord été presque inconnues en fait, la coutume, on peut le dire, se copia elle-même, en faisant entrer dans le droit le principe de la prohibition, au lieu de chercher à perfectionner une institution qui paraissait appeler une réforme. Il paraît certain, d'ailleurs, que le travail des Prudents eut une part prépondérante dans le changement (*jus civile*) (l. 2, §§ 5 et 12, *De or. jur.*, D. 1, 2; *fr. Vat.*, § 96). On a même soutenu en ce sens qu'ils en furent les seuls et véritables auteurs. Mais, en présence de nos textes si formels, il est difficile d'assigner ici au *Consensus Prudentum* un autre rôle que celui d'élément de formation ou pour mieux dire de

fixation de la coutume. Il faut donc croire que les Prudents ne firent, en cette matière, que donner une forme précise au sentiment général, et traduire les aspirations de la conscience publique, réagissant elle-même contre les abus que la pratique avait révélés.

Mais quels abus s'agissait-il donc de combattre ? On voulait empêcher les époux de se dépouiller de leurs biens dans l'entraînement d'un amour irréfléchi : *Hoc autem receptum est ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.* » (Ulp. l. 1, § 1, de don. int.) On voulait encore que des préoccupations d'intérêt personnel ne vinssent pas détourner les époux d'un soin qui leur incombe en première ligne : l'éducation des enfants ; *nec esset eis studium liberos potius educendi.* (Paul, l. 2, h. t.) L'oratio du S. C. de Caracalla nous montre, à côté d'un motif d'ordre élevé, et qui peut être de tous les temps et de tous les pays, le désir de maintenir dans toute sa pureté l'affection conjugale, une préoccupation autrement grave peut-être, et qui trahit un état social profondément vicié. Il fallait empêcher que la bonne harmonie des époux ne dégénérât en question d'argent : « *Ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* » (l. 3 pr. h. t.) La même idée est dans la loi 2 à notre titre : « *Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat, quia sæpe futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum ut venalia essent matrimonia.* »

Le tableau que présentait le monde romain vers la fin de la République, rend assez compte de la légitimité de semblables préoccupations ; et on a pu ingénieusement conjecturer que c'est à cette époque qu'il faut placer la réforme qui nous occupe (1). Avec les progrès du luxe, avec l'envahissement dans toutes les classes d'un amour effréné pour la dépense et les plaisirs, l'antique respect du lien conjugal avait sombré ; les divorces s'étaient développés d'une façon presque incroyable ; les mariages contractés et rompus avec la même facilité, dégénéraient en associations éphémères où le plus mauvais des époux pouvait imposer au plus faible des libéralités excessives, sous la menace d'une répudiation toujours attendue. De là les dangers des donations entre époux, qui avaient pu se pratiquer impunément à une époque de divorces rares et de mœurs simples. De là la nécessité d'une réaction.

L'opinion d'après laquelle la prohibition des donations entre époux aurait en effet été introduite à la fin de la République, s'appuie sur les remarques suivantes :

D'une part, elle était déjà admise au temps de Labéon, puisque les lois 65 et 67 à notre titre au Dig. ont été tirées d'ouvrages de ce jurisconsulte. D'autre part, elle n'existait pas encore quand fut rendue la loi Cincia, c'est-à-dire au milieu du sixième siècle de Rome (Cic. *de Senect.* IV, 10), puisque précisément les époux sont au nombre

1. M. Pellat. Textes sur la dot, p. 358-359.

des *personæ exceptæ* auxquelles les restrictions apportées par cette loi ne s'appliquaient pas (*fr. Vat.* § 302) et qui par conséquent pouvaient se donner librement dans les termes du droit antérieur : « *eis omnibus inter se donare capere liceto* » (*fr. Vat.* § 298). On a soutenu, il est vrai, qu'en mentionnant les époux parmi les *personæ exceptæ*, la loi Cincia sous entendait que c'était dans les cas exceptionnels où ils pouvaient se faire des donations (*exilii causa, divortii causa*, par exemple). Nous verrons en effet, que quelques hypothèses restent en dehors de la prohibition qui frappe en principe les donations entre époux (1). Mais cette objection trouve sa condamnation d'abord dans la généralité des expressions du § 298, *fr. Vat.* ; et ensuite dans cette considération que les dérogations à la règle de la prohibition viennent pour la plupart ou de Constitutions Impériales, ou d'une jurisprudence évidemment postérieure à la loi Cincia (2).

Nous sommes donc autorisés à croire que c'est entre la date de cette loi (549 ou 550 de Rome), et celle de la mort du jurisconsulte Labéon (an 42 de notre ère) que la réforme s'introduisit.

1. M. de Savigny, *op. cit.* t. IV, p. 200, note C.

2. M. Pellat, *loc. cit.* note 3.

CHAPITRE II.

ÉTENDUE DE LA PROHIBITION.

La recherche de l'étendue de la prohibition se subdivise en deux questions : à quelles personnes, à quels actes s'appliquait-elle ?

SECTION I. *A quelles personnes s'appliquait la prohibition ?*

— Les donations furent interdites entre époux, *inter virum et uxorem*. C'est donc à la qualité respective de *vir* et d'*uxor* qu'il faut s'attacher pour déterminer quelles personnes la prohibition atteignait en premier ordre : nous disons en premier ordre, car nous verrons plus loin qu'en frappant les époux, elle avait fatalement rejailli sur d'autres personnes encore.

Une seule union comportait pour l'homme, avec l'aptitude à exercer la *patria potestas*, le titre de *vir* ; pour la femme, le titre d'*uxor*, en même temps que l'élévation au rang social du mari : c'étaient les *justæ nuptiæ* (l. 1, § 1, l. 8. D. *de Senatoribus*, l. 9. — L. 9, C. *de incolis*, 10. 39). Restait par conséquent en dehors de la prohibition cette autre union, légale pourtant, mais moins considérée que l'on appelait le *concubinat*. C'est ainsi que l'empereur Sévère valide les donations adressées par le sénateur Pon-

tius Paulinus à son affranchie : *quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ* (Ulp. l. 3, § 1, *de don. int.*). Bien plus, les donations faites à une concubine ne pouvaient pas être révoquées, encore que le concubinat fit place par la suite à des justes noces (l. 31, *pr. de donat.* 39. 5). C'est qu'on n'exigeait pas ici cet esprit de délicatesse et de désintéressement dont le maintien entre les époux paraissait si désirable que c'était en grande partie pour le protéger que la prohibition avait été faite. Il est certain pourtant que cette liberté pouvait avoir elle-même ses dangers : aussi ne demeura-t-elle pas entière. Il ne faut voir encore qu'une mesure de faveur toute spéciale dans la décision d'Antonin-le-Pieux, défendant à ses militaires de donner à leurs *focariæ* (l. 2, C. *de don. int. vir. et ux.* 5. 16) : « *milites meos fictis adulationibus spoliari nolo* ». Mais, à partir d'Arcadius et Honorius (l. 2. C. *de nat. lib.* 5. 27) diverses constitutions impériales limitèrent en faveur de la famille légitime, la liberté des dispositions entre concubins.

Cela posé, il était fort intéressant de distinguer le concubinat des *justæ nuptiæ*. Les justes noces se séparent par des différences juridiques parfaitement tranchées, soit du *contubernium*, union continue de deux personnes dont l'une au moins est esclave ; — soit du mariage du droit des gens, union de deux personnes libres, dont l'une au moins n'est pas Romaine. Mais dans certains cas, ne pouvait-on hésiter entre les *justæ nuptiæ* et le concubinat, — d'autant que le mariage, à Rome, n'exigeait ni solennités de forme

ni intervention d'une autorité quelconque civile ou religieuse ? D'autant surtout que nous voyons des textes faire reposer toute la différence sur l'intention des parties (l. 4, *de concub.* D. 25. 7 (1). Paul. *Sent.* II, 20) : ce dont il faut rapprocher cette *uxoris affectio* dont parle le fragment d'Ulpien cité plus haut. En fait, pourtant, les circonstances devaient rarement laisser place au doute. Ou bien des *tabulæ* avaient été rédigées pour constater les conventions matrimoniales ; ou le mariage avait été entouré de ces solennités que les lois n'ordonnaient pas, mais qui étaient dans les mœurs. Les empereurs Théodose et Valentinien décidèrent d'ailleurs que la vie commune *inter pares honestate personas* ferait présumer le mariage (l. 22. C. *de nupt.* 5. 4). Justinien étendit la présomption à toutes personnes libres et ingénues, fussent-elles de condition inégale (l. 23, § 7, *eod. tit.*). Enfin, dans le dernier état du droit de Justinien (nov. 74, cap. 4), la rédaction d'un acte écrit contenant constitution de dot et donation *ante nuptias* devint obligatoire pour les Sénateurs et les personnes dites *illustres*, ou occupant un rang supérieur.

Trois conditions étaient requises pour que les justes noces fussent régulièrement contractées : la puberté chez les époux : — leur consentement et celui du *paterfamilias* dont l'un ou l'autre pouvait dépendre ; — enfin l'existence du *connubium* ou capacité relative de se prendre réciproquement pour *vir* et *uxor*. L'une de ces conditions

1. *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet.*

manquait-elle, il n'y avait pas *jus æ nuptiæ*, et il pouvait même ne pas y avoir simple concubinat. Dans l'un et l'autre cas, il semble que les donations devaient être valables, d'après la rigueur des principes. Telle n'est pas cependant la décision que nous donne Ulpien (l. 3, § 1, D. *de don. int.*), par la raison qu'il ne faut pas traiter ceux qui ont méconnu les lois plus favorablement que ceux qui s'y sont conformés : *ne melior sit conditio eorum qui deliquerunt*.

Le jurisconsulte cite deux hypothèses. C'est d'abord la fille d'un Sénateur qui épouse un affranchi *contrà senatus consultum* : allusion à un S. C. de Marc-Aurèle qui avait prononcé la nullité des mariages entre ces personnes. La défense avait été primitivement formulée à cet égard par la loi Julia et Pappia, mais probablement sans autre sanction que le refus des privilèges accordés aux gens mariés (1). C'est ensuite un fonctionnaire romain qui épouse, contrairement à des constitutions impériales, une femme appartenant à la province où il exerce ses fonctions. On considère que la désobéissance à la loi emporte indignité pour ces diverses personnes de profiter des donations qu'elles se feraient. Mais si le donataire ne peut recueillir, le donateur ne reprend pas pour cela sa libéralité : elle passe au fisc (l. 32, § 28, D. *de don. int.* l. 2, § 1, *de his quæ ut indign.* 34. 9). On fait exception pourtant en faveur du donateur que son âge rendait excusable. La

1. Paul. l. 46, *pr.* ; l. 44, *pr.* D. *de rit. nupt.* 23. 2. M. de Savigny, *op. cit.*, t. II, app. VII, §§ 3 et 4.

loi 7, au Code (*de don. int.* 5. 16), statue dans l'espèce d'une ex-pupille qui ayant épousé le fils de son tuteur, sans que le mariage ait été autorisé par le père, lui a fait une donation. Le mariage étant nul, la donation est valable : *ipso jure tenuit*. Mais, d'une part, le donataire est indigne de recevoir ; d'autre part, une action toute de faveur sera accordée à la donatrice pour lui permettre de rentrer dans les biens donnés, avec le caractère d'action *utile*, C'est donc elle et non le fisc qui profitera ici de l'indignité.

Il faut rapprocher de ces hypothèses, le cas où les justes noces ne rencontreraient qu'un obstacle purement temporaire, tel que le défaut de puberté chez un époux.

En principe, il faut admettre que la donation est valable, le mariage étant nul (*Labeo*, l. 63, D. *de don. int.*). C'est ce que reconnaît Julien, qui traite la question à propos de donation faite à une femme mineure de douze ans. En effet, dit-il, la femme n'est pas *uxor*, mais elle est *sponsa*. Toutefois, ce raisonnement a besoin d'être éclairé par une distinction qui repose sur le point de savoir s'il y a eu ou non des fiançailles. Ulpien, qui dit suivre en cela la théorie de Labéon et de Papinien (l. 32, § 27, *h. t.*), établit nettement cette distinction. Si la donation a été précédée des cérémonies des fiançailles, on peut dire que c'est encore entre fiancés qu'elle intervient, bien que le mari qui donne considère comme sa femme celle qu'il a épousée. *Si quidem præcesserint sponsalia, durent, quamvis jam uxorem esse putet qui duxit*. Le fait l'em-

porte sur l'intention. En conséquence, la donation est valable. Elle tombe au contraire s'il n'y a pas eu de fiançailles, bien que le mariage lui-même soit nul et précisément à cause de cette nullité. Le donateur, en effet, avait entendu donner non à une étrangère, et à tout événement, mais à sa femme *non quasi ad extraneam sed quasi ad uxorem fecit*. Or, elle n'est réellement ni sa fiancée, ni sa femme. La donation, en quelque sorte faite *ob causam*, ne peut valoir puisqu'il n'y a pas mariage : *causa non secuta*.

Il est évident que, dans le cas d'un empêchement absolu au mariage, la question des fiançailles était sans importance, puisqu'elle aurait été nulle comme le mariage lui-même.

La prohibition des donations, essentiellement attachée à l'existence des *justæ nuptiæ*, commençait et finissait avec elle. On vient de signaler la validité des donations entre fiancés (*sponsalitia*, de *sponsalia*, fiançailles, dont le nom vient lui-même des promesses verbales ou *sponsiones*, qui étaient alors échangées ; l. 1, de *sponsal.*, 23, 1). Elles subsistaient, même le mariage manquant, pourvu qu'on n'en eût point subordonné l'effet à la condition expresse : *si nuptiæ sequantur* (fr. *Vat.*, § 262). Constantin, il est vrai, décida que si le mariage manquait par la faute d'un fiancé, ou de l'ascendant qui l'avait *in potestate*, ce fiancé perdrait le bénéfice de la donation qui lui aurait été faite (l. 15, C. de *don. ant. nupt.*, 5, 3).

D'autre part, nous rappellerons d'un mot seulement,

une autre espèce de donation, introduite postérieurement au droit classique, pour former en quelque sorte le pendant de la dot, et qui touche par un point au sujet qui nous occupe : nous voulons parler de la donation *ante nuptias*. Comme la dot, reçue par le mari pour supporter les charges du mariage, cette donation, contre-poids et garantie de la dot, porte aussi dans une large mesure le caractère d'une disposition à titre onéreux. Et cependant, quand l'empereur Justin eut permis aux époux d'augmenter, au cours du mariage, la femme, sa dot, le mari, la donation anténuptiale (l. 19, C. *eod. tit.* 5, 3); quand surtout Justinien eut décidé que cette dot et cette donation pourraient être entièrement constituées pendant le mariage (l. 20, *ibid.*), on peut dire que la théorie de la prohibition des donations entre époux reçut une modification appréciable, la femme pouvant toujours être considérée comme ayant entendu se constituer une dot, et le mari comme ayant voulu faire la donation maintenant appelée *propter nuptias*.

Quoiqu'il en soit, jusqu'au moment où le mariage était contracté, fût-ce le jour même, les futurs époux pouvaient se faire librement des donations (l. 27, D. *de don. int.*). De là l'importance qu'il y a à établir exactement le point de départ de la situation de *vir* et d'*uxor*.

Nous touchons ici à une question fort controversée entre les interprètes. Une opinion a soutenu que le consentement était le seul élément constitutif du mariage. Elle s'appuie sur la célèbre phrase d'Ulpien : *Nuptias non con-*

cubitus sed consensus facit (l. 30, D. de reg. jur., 50, 17), et sur d'autres textes desquels il résulte, en effet, que le consentement n'a pas besoin d'être soutenu par une cohabitation effective (l. 32, § 13, de don. int.; l. 15, de cond. et dem., 35, 1). Nous savons déjà d'ailleurs que le mariage, à Rome, était resté au nombre des actes privés, les solennités qui l'entouraient d'habitude n'étant l'objet d'aucune prescription légale. En conséquence, le mariage aurait été un contrat purement consensuel.

En sens inverse, un système professé par M. Ortolan (1) fait remarquer la différence que de nombreuses décisions de jurisconsultes établissent entre l'homme et la femme, quant à la nécessité de la présence réelle pour contracter mariage. L'homme absent, mais dont le consentement est exprimé *per nuntium, per epistolam*, peut se marier, pourvu que la femme soit mise en sa possession, *deducta in domo mariti* (Pomp. l. 5, D. de rit. nupt., 23, 2); la femme absente ne peut pas se marier. Paul fait non moins catégoriquement la distinction (*Sent.*, II, 19, § 8) : *vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest*. La loi 6, au Code (*de don. ante nupt.*, 5, 3), qui est une constitution d'Aurélien, en statuant sur le cas d'une donation faite le jour même du mariage, en prononce la nullité si elle a été faite la femme étant déjà chez le mari. Ce second système en conclut que le mariage est un contrat réel, dont la tradition de la femme au mari forme l'élément essentiel.

1. Explication historique des Instituts, lib. I, tit. X, n° 99.

Nous nous rallions à une troisième opinion, qui s'appuie sur cette considération que le mariage était avant tout un état de fait à Rome, et qui peut se formuler ainsi : il y avait mariage quand, au consentement des époux, se joignait, suivant les cas, ou la possibilité actuelle de cohabitation physique, ou, au moins, la mise de la femme à la disposition du mari.

Entre présents, la vie commune est tout de suite possible, de sorte que les deux conditions se trouvent réunies dès qu'il y a consentement ; et c'est en ce sens qu'on a pu dire : *Consensus nuptias facit*. Dans le cas où les futurs époux ne sont pas réunis, la distinction proposée par les textes s'explique facilement. Le mari est-il absent, rien n'empêche que la femme ne vienne, dans son domicile prendre la situation qui appartient régulièrement à la femme mariée. L'état de fait, l'association réelle à la destinée du mari, aura commencé par la *deductio in domum* : il y aura justes noces. Mais précisément cette entrée dans la vie commune est impossible quand c'est la femme qui n'est pas là. Ce qui prouve bien que l'*individua vite consuetudo* est indispensable, c'est qu'en cas de retour à Rome du mari qui avait été captif, la fiction du *postliminium* était impuissante à le faire considérer comme ayant toujours été marié : *Captivi uxor, tametsi maxime velit et in domo ejus sit non tamen in matrimonio est* (l. 12, § 4, *De captiv. et postl. revers.*, 49, 15).

Mais il y a loin de là à dire que le mariage était un contrat réel, nécessitant la tradition de la femme. Les

textes n'indiquent pas cette nécessité. Gaius dit même formellement qu'on ne possède pas les personnes qu'on a *in manu* ou *in mancipio* (II, § 90). Enfin, un contrat, soit réel, soit personnel, produit une action; et quelle est l'action qui sanctionne les *nuptiæ*? (1).

Un texte de Scœvola, qui est la loi 66, au Dig., à notre titre, semble donner deux décisions contradictoires; mais l'opposition n'est qu'apparente, et le système que nous venons d'exposer en reçoit, au contraire, sa justification. Voici l'espèce posée dans le *principium*. Seia, qui devait épouser Sempronius à un certain jour, lui fait une donation de somme d'argent *avant* qu'il y ait eu *deductio in domum*, et que les *tabulæ dotis* n'aient reçu les cachets. La donation est-elle valable? Le jurisconsulte répond que la circonstance que la donation précède l'accomplissement des formalités précitées n'a pas d'importance; car elles interviennent souvent après le mariage. Ce qu'il faut rechercher, c'est l'instant où le mariage est contracté, *quod consensu intelligitur*. Mais en parlant ainsi, Scœvola suppose des parties présentes, et qui, par conséquent peuvent faire commencer le mariage quand il leur plaît *solo consensu*, la vie commune étant dès à présent réalisable.

Dans le § 1 de la même loi, il s'agit d'une fiancée qui, la veille du jour où doivent s'accomplir les cérémonies habituelles du mariage, (la réception *aquâ et igni* dit

1. M. Accarias, Précis de droit romain, t. I, n° 80. — M. Machelard, Textes sur les donations entre époux, § 1.

le texte), est venue occuper des appartements dépendant de la propriété de son mari, mais séparé sde la propre habitation de celui-ci. Une donation intervient justement au jour indiqué, mais *avant* que les cérémonies n'aient eu lieu ; l'ensemble du texte montre que la donation est valable. Est-ce donc parce qu'aux yeux du jurisconsulte, c'était la formalité même de l'entrée de la femme dans la maison particulière du mari, qui seule eût pu former le mariage ? Non ; les parties étant présentes, la *deductio in domum* n'est pas la condition essentielle du *matrimonium contractum*. Seulement, leur intention est toute puissante. Il n'y a qu'à admettre qu'elles ont entendu subordonner la réalisation du mariage à la *celebratio* dont il s'agit : ce dont elles pouvaient se dispenser, mais ce qu'elles étaient toujours libres de faire.

De ce que la prohibition des donations ne commence qu'avec le mariage, il ne faut pas conclure à *contrario* à la validité de toute donation antérieure aux *nuptiæ*. C'est ce que nous apprend Ulpien (l. 12, pr., *De jure dot.*, 23, 3), dans l'hypothèse d'une libéralité déguisée sous une fausse estimation de biens dotaux. En augmentant ou en diminuant à dessein cette estimation, le mari peut avantager la femme, ou réciproquement. Si l'opération était postérieure au mariage, elle serait évidemment nulle, c'est-à-dire que le mari resterait débiteur de corps certains. Mais elle le sera encore si ce sont les fiancés qui y ont procédé, bien qu'on puisse dire ici que leur indépendance vis-à-vis l'un de l'autre est entière, et que la

prohibition perd en conséquence une de ses raisons d'être. La donation précède bien le mariage, mais elle est tacitement subordonnée à sa réalisation. C'est, en réalité, non un fiancé, mais un conjoint qui en profitera.

C'est, d'ailleurs, au moment où la donation reçoit sa perfection qu'il faut s'attacher pour décider de sa validité ou de sa nullité, suivant que ce moment se place avant ou après le mariage contracté. Ulpien, au *pr.*, de la loi 5 à notre titre, fait l'application de ce principe à l'hypothèse d'une donation de somme d'argent qu'un fiancé fait à sa fiancée par l'intermédiaire de Titius. Titius est supposé recevoir les fonds avant le mariage, mais ne les remettre à la douataire que *post nuptias*. Quel est le sort de la donation ? Il faut distinguer. Est-ce le donateur qui a interposé Titius ? La donation ne devient parfaite que par la livraison des espèces à la femme : or, à ce moment, le mariage a eu lieu, la prohibition s'applique. Est-ce, au contraire, la femme qui a fait de Titius son mandataire à l'effet de recevoir l'argent ? la donation a été parfaite à l'instant où le futur mari lui en faisait la remise, c'est-à-dire *ante nuptias*. Elle est valable, par conséquent.

Avec la fin du mariage, les donations redevenaient permises. Ainsi les époux divorcés recouvraient à cet égard une capacité entière, mais encore fallait-il que ce fût un divorce régulier, *secundum legitimam observationem*, et sincère (l. 35 et l. 65, h. t.). Il ne fallait pas qu'on recourût précisément à la simulation d'un divorce pour

éluder la prohibition. Le divorce était présumé sérieux quand un nouveau mariage avait été contracté, ou que du moins la femme avait laissé passer assez de temps pour que le convol à d'autres noces lui fût permis. La mariage renoué était alors comme une nouvelle union.

C'est encore parce que le mariage avait cessé au moment où elles devenaient parfaites, que les donations à cause de mort étaient permises aux époux (l. 10, h. t.). Nous reviendrons plus loin sur ce point, en passant en revue les quelques variétés de donations que les époux pouvaient exceptionnellement se faire. Il résulte, il est vrai, de ce que nous venons de dire, que dans l'admission des donations à cause de mort, il n'y avait pas positivement atteinte portée au principe.

Sous peine de rester inefficace, la prohibition que nous étudions ne pouvait pas s'arrêter à la personne même des époux. Elle devait forcément atteindre, en même temps que le conjoint, le père de famille en la puissance de qui il était, toutes les personnes que ce conjoint avait en sa puissance, et toutes celles qui étaient soumises à la même puissance que lui. Conséquence de la confusion de patrimoines que l'organisation de la famille romaine entraînait : en donnant à un membre quelconque de l'association, on donnait à tous, puisque c'était la même fortune qui s'augmentait. En somme la prohibition englobait les agnats de chacun des époux *in eadem potestate*, par rapport à l'autre époux et aux agnats de celui-ci dans la même condition, pour ne cesser qu'avec l'un des

faits qui rompent le lien juridique d'agnation (l. 3, D. h. t. §§ 2, 5, 6, 7, 9). Et ce que nous disons de la puissance paternelle est au moins aussi vrai de la puissance dominicale ; nous acquérons par nos esclaves comme par nos enfants *in potestate* (l. 3, § 3). A l'inverse, la belle-mère peut donner à son gendre ou à sa bru, et réciproquement ; car aucun lien de puissance ne les unit.

Une suite frappante de ces principes, c'est que la femme ne pouvait faire de donations, ni aux enfants que son mari aurait eus d'un autre lit, ni aux enfants communs qui sont les siens propres (§ 4) en supposant ces divers enfants *in potestate*. On admit cependant que la mère pourrait constituer une dot à sa fille, même soumise à la puissance du père, parce que c'était le mari qui acquérait les biens donnés ; à la dissolution du mariage, l'action en reprise de la dot appartenait bien au père et à la fille, mais elle était faite pour profiter en définitive à cette dernière (*fr. Vat.* § 269). D'autre part, et en ce qui concerne les fils de famille, l'institution des pécules *castrans* et *quasi castrans* vint permettre les donations prises sur ces pécules (l. 3, § 4) ou destinées à les augmenter : il n'y avait plus confusion entre l'intérêt du père et l'intérêt du fils, plein propriétaire de son pécule.

On sait encore qu'une autre espèce de pécule, le *peculium adventitium*, créé par Constantin et développé par les Empereurs suivants, finit par comprendre, sous Justinien, tous les biens qui, ne provenant pas au fils de famille de la libéralité de son père, n'étaient ni *castrensia* ni *quasi*

castrensia. La nue-propriété de ces biens appartenait au fils ; l'usufruit et l'administration au père. Nul doute que la mère put dès lors faire à son fils toutes sortes de libéralités, pour la nue-propriété tout au moins.

SECTION II. *A quels actes s'appliquait la prohibition?*

La prohibition était faite pour les donations. Nous avons cherché plus haut à établir la notion absolue de la donation et à préciser les caractères qui la font reconnaître. Le principe est que tout acte entre époux qui présentera ces caractères sera un acte défendu. Toutefois, nous ne tarderions pas à reconnaître que la règle ainsi formulée est trop générale. Dans plusieurs cas, par des considérations d'ordre divers, on s'est refusé à voir une donation là où strictement il s'en trouvait une ; d'autre part et à titre de véritables exceptions, certaines donations ont été permises entre époux. Pour plus de clarté, nous présentons dans deux paragraphes séparés d'abord la règle puis l'exception ; d'abord les donations prohibées, ensuite les donations permises.

§ 1.

Donations prohibées.

C'est le moment de revenir sur les trois éléments essentiels qui, réunis dans un acte, lui impriment le caractère de donation : intention de donner, appauvrissement du donateur, enrichissement du donataire.

I. — *Intention de donner (animus donandi).*

Sur l'intention libérale, nous ne nous arrêterons pas longuement. Elle n'existe pas lorsque l'acte s'explique par une contrainte légale, si imparfaite qu'on la suppose, comme dans le cas du débiteur qui exécute une obligation naturelle (l. 19, § 4, *de don.* D. 39, 5); ou bien encore par le sentiment de l'intérêt personnel, comme dans l'hypothèse du plaideur qui achète sa tranquillité en concluant en connaissance de cause une transaction désavantageuse, (1, *de transac.* 2, 15). Enfin il n'y a pas davantage donation dans le fait de l'héritier qui, par sentiment du devoir acquitte intégralement le legs ou le fidéicommiss dont-il est grevé, au lieu d'exercer la retenue de la quarte, autorisée par la loi Falcidie ou le S. C. Pégasien. C'est précisément ce que décide Ulpien à propos de donations entre mari et femme au § 15 de la loi 5 à notre titre. *Quod plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum quam donant.* L'acte, n'étant pas une donation, est permis entre époux. L'intention pieuse est d'ailleurs toujours présumée; mais c'est plus une interprétation de volonté qu'une présomption absolue.

A l'égard des donations motivées par des services rendus, des donations *rémunératoires*, on controverse la question de savoir si ce sont de véritables donations. Nous admettrions l'affirmative avec M. de Savigny : « Un mariage conforme à sa fin n'étant qu'un échange continu

d'amour et de fidélité, toute donation pourrait s'appeler rémunératoire et la prohibition se trouverait éludée » (1). Ou plutôt, entre époux, l'amour et la fidélité constituant des devoirs, la donation ne peut jamais être faite en vue de les rémunérer, et l'intention libérale que nous recherchons y reste entière.

M. de Savigny signale une disposition formelle où cette théorie se trouve contredite, non pas à la vérité à propos d'époux, mais la question de principe est la même. Il s'agit de donation faite à celui qui vous a sauvé la vie. Paul, dans ses Sentences (V. II, § 6) décide que le service rendu étant inestimable, le don est valable *in infinitum* (c'est-à-dire échappe aux restrictions de la loi Cincia). Le même passage est reproduit au Dig. (l. 34 § 1, *de don.* 39, 5) avec cette variante : *hæc donatio irrevocabilis est*. C'est qu'il ne peut plus être question alors de la loi Cincia. Mais au fond l'idée est la même. L'acte de libéralité échappera à la sanction pratique de toutes les restrictions positives en matière de donations, la révocabilité. Il semble donc qu'intervenant entre époux, cette donation rémunératoire eût été valable ; mais le fait de sauver la vie étant extraordinaire, il est permis de voir dans la décision qui nous occupe une véritable exception.

II. — Appauvrissement du donateur.

Une seconde condition requise pour qu'il y ait dona-

1. Traité de droit romain. t. IV, 153, p. 91.

tion, c'est que le donateur *pauperior fiat* (l. 5 § 16, D. *de donat. int.*). Cette condition sépare nettement la donation d'autres actes gratuits comme le dépôt, le commodat, le mandat, le précaire, et des services qui, quoique appréciables en argent, peut-être, pour celui qui les reçoit, n'enlèvent rien au patrimoine de celui qui les rend. Par exemple, se porter fidéjusseur pour quelqu'un, comparaître pour lui *in jure* n'est pas donner (l. 19 § 1, *de don.*, 39, 5).

Abandonner un droit que nous n'avons pas encore mais qu'il dépend de nous d'acquérir dès que nous le voudrions, n'est-ce pas nous appauvrir ? En allant au fond des choses, assurément ; et quand cet abandon, volontaire de notre part, tourne à l'avantage d'un tiers que nous entendons gratifier, le résultat n'est-il pas le même que si nous commençons par réaliser le droit en question pour remettre ensuite au tiers le bénéfice qu'il comporte ? Tel est bien le cas de la femme qui répudie *dotis causâ*, une hérédité ou un legs dont son mari est appelé à profiter. Elle se trouve ainsi dotée d'autant (l. 14 § 3, *de fund. dot.* 23, 5). On n'hésite pas à la vérité à appeler donation l'acte du mari qui, *animo donandi*, répudie une hérédité dont sa femme va bénéficier comme substituée ou comme héritière légitime. Toutefois, disons-le tout de suite, une telle donation n'était pas annulée, faute de l'élément qui consiste dans l'appauvrissement du donateur *neque pauperior fit qui non acquirit sed qui de patrimonio suo disposuit* (l. 5 § 13, *de don. int.*). L'idée ro-

maine, idée plus subtile qu'exacte, est donc que négliger de s'enrichir n'est pas diminuer son patrimoine. *Qui occasione acquirendi non utitur*, est-il dit ailleurs, *non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit* (l. 28, pr. de verb. sign. 50, 16).

La théorie était la même pour le mari qui répudiait un legs dans le but d'avantager sa femme, substituée comme légataire ou instituée héritière (l. 5 § 14, de don. int.). La répudiation, même en matière de legs, devait être considérée comme une omission d'acquérir plutôt que comme une aliénation, puisque le légataire qui répudie n'a jamais été propriétaire de l'objet légué (l. 1 § 6 D. *Si quid in fraud.* 38, 5), De même, et à *fortiori*, si, sur ma prière, un tiers institue mon épouse pour héritière à ma place, ou lui fait le legs qu'il voulait me faire, *non videtur ea esse donatio quia nihil ex bonis meis deminuitur* (l. 31 § 7 de don. int.). La solution serait différente cependant s'il s'agissait d'une donation entre-vifs entre les mêmes parties, au lieu d'une disposition testamentaire; et ici les jurisconsultes paraissent être revenus à une conception plus logique de l'acte de libéralité. Ulpien, rapportant l'opinion de Julien, écrit : *Si donaturum mihi jussero uxori meæ dare ait Julianus nullius esse momenti, perinde enim habendum atque si ego acceptum et rem meam factam uxori meæ dedissem*. Et il ajoute : *quæ sententia vera est* (l. 3 § 13, h. t.). On considérerait donc ici qu'il y avait appauvrissement suffisant. C'est encore ce que décide le même Julien dans loi 4 (h. t.) en supposant une donation

à cause de mort, au lieu d'une donation entre-vifs. L'appauvrissement est appréciable pour le mari, quel que soit l'évènement, que le donateur prédécède ou non. La question aurait pu faire doute, à cause du rapprochement qu'on établit en général entre les donations à cause de mort et les legs.

Nous avons déjà parlé de l'hypothèse du mari qui acquitte sans retenue un legs ou un fidéicommiss au profit de sa femme. On admettait volontiers qu'il n'avait fait qu'obéir à un devoir de conscience ; d'ailleurs ce qui rentre dans notre ordre d'idées actuel, qu'il n'y avait pas appauvrissement de sa part : *nec de suo putant proficisci quod de alieno plenius restituunt voluntatem defuncti secuti* (l. 5 § 15). Aussi écartait-on la prohibition.

Toujours au même point de vue, on décidait que le mari peut valablement donner à sa femme une chose dont il n'est pas propriétaire, une *res aliena*, en ce sens que la donation servira de titre à l'usucapion. Terentius Clemens (l. 25, *h. t.*) appuie bien cette décision sur le non appauvrissement du mari *nam jus constitutum ad eas donationes pertinet ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit*. Et c'est ce qui ressort plus formellement encore d'un texte de Pomponius où l'opinion de Trebatius est confirmée et qui forme la l. 3, D. *pro donato*, 41, 6 : *Si pauperior is qui donasset non feret, usucapionem possidenti procedere*. Aussi faut-il penser que la solution de Terentius Clemens ne doit être admise qu'avec une distinction. Elle est vraie quand réellement

le mari ne s'appauvrit pas, c'est-à-dire seulement quand il n'était pas lui-même en situation d'usucaper. Peu importe le *suis rebus* du texte, par lequel on a voulu combattre la distinction. Les Romains considéraient en quelque sorte le possesseur de bonne foi comme déjà propriétaire, puisqu'ils lui donnaient une sorte de revendication utile : la publicienne. Si le mari eût été en voie d'usucaper la chose, il est indéniable qu'en la donnant à sa femme il eût perdu ; et alors la femme elle-même n'eût pas pu usucaper, ou bien la condition exprimée catégoriquement par Pomponius n'aurait plus de sens.

Cependant il ne semble pas qu'en aucun cas l'usucapion soit accessible à la femme. De deux choses l'une, dira-t-on : ou elle sait que son mari n'est pas propriétaire, et elle manque de bonne foi ; ou elle le croit propriétaire et elle manque de juste titre, puisque, pour elle, du moins, son titre est une donation entre époux, et qu'elle ne doit pas ignorer que les donations entre époux sont prohibées (l. 4, *de jur. et fact. ign.*, 22, 6). Il est évident que la première alternative doit être écartée : à défaut de bonne foi l'usucapion ne pourrait avoir lieu. Quant à la seconde, comme les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir trouvé de difficulté au point qui nous occupe, il faut admettre qu'à leurs yeux le juste titre existait suffisamment pour fonder l'usucapion. La femme ne croyait pas l'avoir, mais elle le possédait en réalité, précisément parce qu'on n'était pas dans les conditions où

la donation eût été interdite. C'est le cas d'appliquer la maxime : *Plus est in re quam in existimatione* (1).

Cette loi 25 admet la femme à l'usucapion *confestim*. Il est à remarquer qu'elle prend soin de répéter une seconde fois sa décision *licet mortis causa donatio interveniat*. Le motif est toujours le même : le non appauvrissement du donateur. Mais il était à propos de l'affirmer. D'une part, comme, nous le dirons plus loin, la loi Julia et Papia avait posé certaines limites à la quotité disponible entre époux, et cette loi régissait les donations à cause de mort. D'autre part, ce genre de disposition n'avait effet entre époux qu'à la mort du donateur. On aurait donc pu douter que l'usucapion commençât sur le champ.

La même idée que la donation prohibée entre époux est celle qui appauvrit le donateur nous servira à expliquer la décision du droit romain en matière de donation portant sur des intérêts. Le mari, débiteur à terme de sa femme, pouvait, nous dit Pomponius, payer valablement par anticipation *sine metu donationis* (l. 31, § 6, *h. t.*). De même, une somme d'argent ayant été donnée par le mari à la femme, la nullité de la donation autorisait la répétition du capital, non des intérêts (l. 15, § 1). C'est qu'en effet, l'emploi productif d'un capital n'a rien d'assuré. En renonçant à tirer des intérêts de ses fonds pendant le temps qui s'écoulera jusqu'à l'exigibilité de la

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, t. IV, p. 118.

dette, le mari débiteur qui paie d'avance n'a pas fait une perte positive. On peut ajouter que les intérêts sont choses destinées à être dissipées ou consommées au jour le jour. Aussi les jurisconsultes ne paraissent-ils pas voir une donation dans la remise des intérêts dont une créance est déjà actuellement productive (l. 23, *de donat.* 39, 5, Modest.).

Faut-il appliquer la même décision aux *fruits*, à ce que procure la jouissance d'un fonds ? Telle paraît avoir été la doctrine d'Ulpien, d'accord en cela avec Julien (l. 17, *pr. de don. int.*). Marcellus soutient une opinion tout opposée (l. 49, *h. t.*). Voici l'espèce qu'il suppose. Une femme fait tradition d'un fonds à son mari, à la charge par ce dernier de restituer à sa mort à un enfant commun qui était *in potestate mariti*. Quelle est la valeur de cet acte ? Le jurisconsulte recherche l'intention de la femme. L'acte est nul s'il couvre en réalité un avantage à faire au mari, avantage consistant dans la jouissance qu'il retirerait du fonds jusqu'à sa mort. C'est dire que la donation portant sur les fruits est sujette à la prohibition. Mais si le mari n'est qu'un intermédiaire, qui doit, dans la pensée de la femme, restituer et la chose même et tout ce qu'elle aurait produit (*cum omni emolumento*), l'acte sera tout aussi valable que si la femme, au lieu de s'adresser à lui pour réaliser son dessein, avait eu recours à un étranger. Enfin, dans une opinion intermédiaire, Pomponius (l. 43, *D. de usur. et fruct.*, 22, 1) distingue entre les fruits naturels et les fruits industriels : aux premiers seuls la prohibition

s'étendra. Pour les autres, qui sont dus au travail de l'époux donataire, *quos suis operis adquisierit*, une raison d'équité les lui fera attribuer.

Ce système mixte ne paraît guère pouvoir se défendre en logique. M. de Savigny remarque justement (1) que la distinction proposée est très vague et même sans fondement, car les fruits cultivés, après prélèvement des frais de culture, donnent un bénéfice net dont le fermage est la représentation. Restent les deux opinions extrêmes entre lesquelles celle de Marcellus, la plus rigoureuse, est aussi la plus conforme aux principes. Les produits d'un fonds ne constituent pas un revenu aléatoire comme les intérêts d'une somme d'argent. « Il est bien rare, dit encore M. de Savigny (*loc. cit.*), qu'un propriétaire ne tire aucun parti d'un immeuble ». En sorte que l'abandon de fruits qui nous occupe est un appauvrissement véritable. Nous ne pouvons que constater entre les jurisconsultes une divergence d'opinion. Ulpien, qui écrivait à l'époque du S. C. de Caracalla, époque où l'ancienne rigueur était battue en brèche, doit être l'interprète des idées qui finirent par triompher. Là, comme en d'autres hypothèses, on doit songer que le premier but à atteindre était que les époux ne s'appauvrissent point d'une façon sensible l'un par l'autre, et qu'après cela, la prohibition ne devait pas être appliquée trop sévèrement (2).

1. Traité de droit romain, t. IV, § 147, p. 44.

2. *Sane non amare nec tanquam inter infestos jus prohibi tæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes* (Paul, l. 28, § 2, h. t.).

Toutefois, et dans toutes les opinions, une réserve doit être faite en ce qui concerne les fruits et intérêts des biens dotaux. L'abandon de la jouissance de la dot par le mari constituait une donation prohibée, à moins que la femme ne se chargeât, en compensation, de s'entretenir, elle et ses gens (l. 21 § 1 *h. t.*) *ut se suosque aleret* (V. l. 73 § 1 *de jure dot* D. 23, 3).

On a soutenu, d'après certains textes (l. 28 D. *de pact. dotal.* 23.4, l. un. C. *si dos const, matr. sol, fuerit* 5.19) que c'était l'idée générale de la prohibition des donations qui s'appliquait ici. Mais, qui se décide, à la loi 21 § 1, dans le sens que nous indiquons? Julien et Ulpien, pour lesquels, en principe, les donations de fruits n'étaient pas de vraies donations! Il faut donc trouver à notre règle un autre motif et un motif qui rende compte du tempérament qu'elle peut recevoir dans certains cas. Ce motif, c'est que les revenus de la dot sont essentiellement destinés à supporter les charges de l'association conjugale, et que tant que le mariage dure, la destination n'en doit jamais être changée (1). Du moment que la femme entreprend de subvenir elle-même à ses besoins, elle peut jouir de sa dot : l'idée que nous venons d'indiquer reçoit satisfaction.

1. *Dotis causa perpetua est et... ita contrahitur ut semper apud maritum sit* (l. 1 D. *de jure dot*). V. M. Pellat. Textes sur la dot, p. 356 et suiv.

III. — *Enrichissement du donataire.*

Il ne suffisait pas pour être dans l'esprit de la prohibition que le donateur s'appauvrit, il fallait que le donataire éprouvât un enrichissement. C'est ce qui, suivant toute la force des principes, ne se rencontre pas dans diverses hypothèses, telles que la remise de gage par l'un des époux à l'autre qui est son débiteur (l. 18, *quæ in fraud.* 42.8), l'acceptilation d'une obligation contractée *sine causa* (l. 3. *de cond. sine causa* 12.7), le cautionnement et la constitution de gage qu'un conjoint fournit à l'autre, en supposant du moins chez le premier l'intention de réclamer ce qu'il aurait payé par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* (l. 1 § 19 *si quid in fraud* 38.5). A côté de ces cas, il en est d'autres où il aurait fallu décider peut-être qu'il y avait donation. On s'arrêtait cependant à la solution opposée par divers motifs, souvent parce que *jus prohibitæ donationis non amare tractandum est*. Parcourons quelques hypothèses.

Etait licite la donation d'un esclave faite par l'un des époux à l'autre avec la charge de l'affranchir (Ulp. *reg.* VII § 1. — Paul. *Sent.* II. 23 § 2, — l. 22 *C. de don. int.* 5.16). Paul en donne deux motifs. C'est d'abord la faveur de la liberté qui le veut. C'est surtout (et là est le point important) *quod nemo ex hoc fiat locupletior*. La propriété de l'esclave ne passait d'ailleurs à l'époux dona-

taire qu'au moment où s'accomplissait l'affranchissement qui en était la condition (l. 7 § 8 h. t.). Que si un *certum tempus* avait été fixé pour qu'on procédât à l'affranchissement, et que le donataire laissât passer l'époque prescrite, il ne pouvait plus affranchir lui-même : seul le donateur resté propriétaire, pouvait le faire. Papinien pense, au surplus, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la Constitution de Marc-Aurèle d'après laquelle l'esclave vendu sous condition d'affranchissement et qui n'est pas affranchi à une époque déterminée, devient libre de plein droit (l. 1. 2 et 3 C. *Si manc. ita fuerit alien*, 4.57).

En opérant l'affranchissement, l'époux donataire acquérait sans doute les *jura patronatus* ; mais ces droits, à défaut de valeur vénale (l. 5 § 5, *de præscr. verb.* 19.5), ne pouvaient passer pour un enrichissement. Il y eût eu encore donation permise, même si l'époux *manumissor* avait stipulé de l'affranchi ou des *operæ* ou une somme d'argent. Un enrichissement très réel en serait résulté, mais il ne serait pas venu *ex re donatoris*, à moins que l'argent versé pour prix de la liberté n'eût été pris sur le pécule de l'esclave. Dès lors, il ne créait pas d'obstacle.

On exceptait encore la donation qui portant sur une *res extra commercium*, ne faisait pour cette raison rien entrer dans le patrimoine du donataire : ainsi la donation d'un terrain destiné à servir de sépulture (l. 5 § 8 h. t.) à la condition bien entendu que cette destination se réalisât effectivement. Jusque-là, il n'y avait pas encore *locus religiosus* et le donateur en restait propriétaire (§ 9). Si ce

n'est que par l'inhumation de l'époux donataire lui-même que le terrain reçoit sa consécration, le mariage étant dissous, il serait plus exact de décider que la donation est caduque : elle ne peut avoir régulièrement son effet après la mort du donataire (Gaius III, § 100). On la considérerait cependant comme maintenue, *favorabiliter*, dit Ulpien (§ 11). Dans cette hypothèse, plus vivement que dans la précédente, on voit un bénéfice réalisé par le conjoint donataire ; car il eût sans doute acheté le terrain, sans cela. On n'admettait pas ce raisonnement, pourtant. *Non tamen idcirco fit locupletior quod non expendit* ; soit parce qu'il n'est pas absolument certain que le terrain eût été acheté, soit par un simple motif de bienveillance dans l'interprétation de la loi.

On autorisait pareillement les donations faites pour œuvre pie, *ad oblationem Dei*, ou dans un but d'intérêt général, tel que la construction d'un *opus publicum* (l. 5, § 12). C'est un motif politique, sans doute qui, s'ajoutant au défaut d'enrichissement du donataire, faisait légitimer certaines donations dites *honoris causâ*, faites par la femme au mari pour lui permettre d'être nommé sénateur, ou chevalier, ou de donner des jeux (Gaius l. 42, h. t. Ulp. Reg. VII, § 1). C'est-à-dire que ces donations étaient valables dans la mesure où les frais occasionnés par l'arrivée du mari à ces dignités les rendait nécessaires : *quatenus dignitati supplendæ opus est* (l. 40). La décision était la même quand l'époux donataire, avec l'ar-

gent reçu, aidait un de ces cognats à couvrir les frais de sa nomination à des fonctions publiques (l. 5, § 17).

Les donations qui servaient à l'un des époux à réparer une perte, n'étaient pas non plus considérées comme l'enrichissant : ainsi le mari, fournissant des fonds à sa femme pour reconstruire une maison incendiée lui faisait une donation permise à concurrence de la somme exigée par les travaux (l. 14, h. t.) L'usage gratuit laissé à l'un des époux de choses appartenant à l'autre, était également en dehors de la prohibition. Pomponius, dans la loi 18, cite des vêtements, des esclaves, une maison même. L'usage d'une maison est certainement un avantage appréciable en argent; et la concession gratuite qui en serait faite *inter extraneos* constituerait sans conteste une donation (l. 9, *pr. de donat.* 39, 5). Entre époux l'enrichissement ne s'aperçoit même plus, étant comme une conséquence forcée des rapports de famille. C'est à propos d'un époux profitant des services des esclaves de l'autre, que Paul (l. 28, § 1, *de don. int.*) énonce le principe qu'entre époux, ces diverses questions doivent se traiter dans un esprit de tolérance (V. aussi l. 31, § 1, h. t.)

Enfin, la *pensio* servie par le mari à la femme pour subvenir à ses besoins, n'était pas une donation, bien entendu, à moins qu'elle ne fût excessive *id est supra vires dotis* (l. 15, *pr.*) En sens inverse, on permet à la femme de répéter contre son mari, dans la mesure de son enrichissement, les secours annuels qu'elle lui aurait four-

nīs (1). En tant que le mari était tenu de pourvoir à l'entretien de la femme, on ne voyait pas une donation dans le fait par lui, de lui fournir, à cette occasion, même des objets de luxe, tels que des *unguenta* (l. 31, § 9). Bien plus, la femme pouvait, avec l'argent destiné à ces objets, payer d'abord son créancier, puis faire l'acquisition desdits objets, *de sua pecunia* (l. 7, § 1). Dans tous les cas, on se refusait à trouver dans l'espèce les éléments d'un enrichissement pour la femme. A l'égard des *cibaria* à fournir aux esclaves et animaux appartenant à la femme, l'argent que le mari lui remettait à cet effet avait ou n'avait pas le caractère d'argent donné, suivant que ces esclaves et animaux étaient employés à un trafic personnel à la femme, ou affectés à un service commun (l. 31, §§ 9 et 10; l. 58, § 1, h. t.)

IV. — *Donations indirectes.*

Nous venons de voir à quels caractères essentiels on pouvait reconnaître l'acte de libéralité défendu entre époux. Il est évident que ces caractères devaient entraîner l'application de la prohibition s'ils se rencontraient dans un acte auquel les parties n'avait pas donné la qualification de donation, et qu'on pouvait même les découvrir dans une abstention calculée de la part d'un des époux pour enrichir l'autre. Nous faisons allusion ici aux

1. *Quia non tam solemne est annuum quod maritus uxori pendet et quod uxor marito præstat: imo incongruens est et contra sexus naturam* (Ulp. l. 33, § 1, h. t.)

donations indirectes ou dissimulées, dont nous allons nous occuper à présent.

A. *Donations contenues dans un contrat à titre onéreux.*

— Souvent il dut arriver que les époux, pour échapper aux rigueurs de la loi, cherchassent à cacher la donation sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, une vente notamment. A Rome, et à la différence de ce qui a lieu dans notre législation, la vente était permise entre époux; et elle restait valable si l'esprit de donation en était absent (l. 7, § 6, h. t.), encore que le prix ne représentât pas exactement la valeur de la chose vendue : *Sine dubio licet a viro vel uxore minoris emere, si non sit animus donandi.* (Pomp. l. 31, § 3). Mais c'est cet *animus donandi* qu'il faut rechercher : de son intervention dépendra le sort du contrat.

On ne vise pas ici l'hypothèse d'une vente *simulée*, d'une vente où l'on convient que le prix ne sera jamais payé, ou bien où le prix fixé est dérisoire. Entre conjoints comme entre toutes personnes, en général, la vente n'existera pas à défaut d'un élément essentiel : le prix (l. 2, § 1, l. 38, *de contr. empt.*, 18, 1; Paul, *Sent.* II, 23, § 4). Mais il s'agit du cas de *negotium mixtum cum donatione* (l. 18, *pr. de donat.* 39, 5), de vente faite moyennant 5 d'une chose qui en vaut 10. Ulpien (l. 5, § 5) nous donne la solution; et cette solution, nous le répétons, se base sur une distinction dont le *criterium* est dans l'intention qui a dicté l'acte que l'on apprécie. Julien aurait été d'avis, paraît-il, que la vente fût nulle

dans tous les cas. Mais Neratius, suivi sur ce point par Pomponius, ne prononce la nullité que si l'époux vendeur, sans intention réelle de vendre, s'était seulement servi de ce moyen, de ce prétexte, pour avantager son conjoint. *Si modo cum animum maritus vendendi non haberet, idcirco venditionem commentus sit ut donaret.* Si, au contraire, avec la pensée sérieuse de vendre, le vendeur a fait à son conjoint des conditions qu'il n'eût pas faites sans doute à tout autre acheteur, ce qui n'est en définitive qu'une circonstance accessoire, l'acte principal, la vente, tiendra ; la donation sera non avenue, c'est-à-dire que le supplément du véritable prix pourra être exigé, et encore dans la limite où l'époux acheteur se trouvera enrichi. Ce qui est l'application d'une idée plus générale que nous retrouverons en étudiant la sanction de la prohibition.

De l'hypothèse précédente, il faut rapprocher celle de la *locatio* consentie *vilius* entre époux, *donationis causa*. Dans la l. 52, *pr.*, où Papinien en parle, *vilius* signifie un prix dérisoire, car le jurisconsulte, en disant que le contrat de louage est nul, en donne la raison : *quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest.*

Les époux pouvaient aussi dissimuler leur intention de s'avantager sous la forme d'un acte de société. Nulle entre étrangers quand elle est constituée *donationis causa* (l. 5, § 2, *pro socio*, 17, 2), la société contractée dans ces conditions devait être à *fortiori* nulle entre époux, et eomme société et comme donation. C'est ce que dit Ulpien dans la l. 32, § 24 à notre titre.

Enfin, on a déjà fait remarquer que dans une estimation inexacte donnée aux choses apportées en dot, les époux trouvaient un moyen de se faire des libéralités.

B. *Donations par personnes interposées.* — Les donations entre époux ne pouvaient pas davantage échapper à la règle de la prohibition, quand elles s'accomplissaient à l'aide de personnes interposées. C'est ce qu'Ulpien dit formellement, l. 5, § 2, *h. t.* Paul dit aussi (*Sent.* II, 23, § 3) : *Inter virum et uxorem nec per interpositam personam donatio fieri potest.* Seulement, le droit romain n'a pas connu les présomptions d'interposition de notre législation moderne. L'interposition alléguée devait donc toujours être prouvée.

C. *Donations par abstention.* — Quant aux donations par abstention ou par omission, Ulpien nous en offre un exemple dans le fait d'un époux qui, *animo donandi*, laisse éteindre par non usage un droit de servitude qu'il possédait sur le fonds de son conjoint (l. 5, § 6, *h. t.*). Il y a là un avantage positif : *eum alienare dicitur qui non utendo amisit servitutes* (l. 28, pr., *de verb. sign.* 50, 16). La conséquence est que la servitude ne devrait pas être éteinte, à cause de la prohibition des donations. Ce n'est pas tout à fait ainsi que les choses se passent. La servitude a péri ; mais, après la dissolution du mariage, l'époux appauvri pourra, au moyen d'une *condictio*, en obtenir le rétablissement ou se faire indemniser, *puto amitti servititem, verum post divortium condici posse.* De même (l. 5,

§ 7) si un époux *donationis causa* a laissé absoudre son conjoint qu'il pouvait faire condamner, *valebit quidem sententia sed condicetur ei cui donatum est*.

Une hypothèse voisine est celle de l'époux qui s'abstient d'interrompre l'usucapion de sa propre chose, en train de se réaliser au profit de son conjoint. Nous possédons là-dessus un texte de Neratius qui a donné lieu à des difficultés d'interprétation.

Neratius, dans la loi 44 à notre titre, suppose qu'une femme a reçu d'un tiers, à titre de donation, une chose dont son mari est propriétaire ; mais cette propriété, ni celui qui a livré, ni la femme, ni le mari lui-même ne la soupçonnent. Dans ces conditions, l'idée de donation entre époux étant forcément absente de l'inaction que gardera le mari, rien ne s'oppose à ce que la femme usucape. Et la solution serait la même, ajoute le jurisconsulte, si la donation émanait d'une personne soumise à la puissance du mari, mais se croyant *paterfamilias*. L'ignorance où sont toutes les parties de leur véritable situation fait qu'il ne peut être question de libéralités prohibées.

Neratius suppose ensuite que le mari et la femme découvrent l'un et l'autre la vérité, l'usucapion n'étant pas achevée, et que, de propos délibéré, le mari s'abstient d'exercer une revendication dont le succès serait certain. Et il décide que cette omission équivaut à une interruption de la possession de la femme, c'est-à-dire à un obstacle mis à l'usucapion. Serait-ce quelque chose comme

ce que nous nommons, en droit moderne, une interruption civile de prescription ? En aucune façon. Mais désormais, la femme ne possédera plus en vertu de la donation à elle faite par l'*extraneus*, elle possédera en vertu d'une donation qu'elle est censée avoir reçue de son mari, et qui ne peut fonder l'usucapion : *quia transiit in causam ab eo factæ donationis*, autrement dit, aux yeux de Nera-tius, la connivence du mari et de la femme vaut donation ; c'est comme si elle eût rendu la possession à son mari et que celui-ci lui eût immédiatement livré le même objet à titre de donation.

Troisième supposition : la femme seule découvre que son mari est propriétaire, celui-ci restant de bonne foi à cet égard. Quant à la femme, *malafides superveniens non impedit usucapionem*. L'usucapion se produira donc ; car il n'est pas défendu aux femmes d'une façon absolue d'acquérir les biens de leurs maris, mais bien de les acquérir à titre de donation. Or, en l'espèce, l'ignorance même du mari exclut l'*animus donandi*. La femme n'usucapera pas *pro donato*, mais *pro suo*.

Tel est le motif que donne le texte : *non omminodo uxores ex bonis virorum adquirere prohibitæ sunt*, et le raisonnement s'enchaîne parfaitement si on lit ainsi la phrase : *ipsius mulieris scientia proprius est ut nullum acquisitioni domini ejus adferat impedimentum*. Mais il faut, pour cela, mettre un point dans le texte avant le mot : *ipsius*. Or, cette ponctuation, généralement adoptée par les au-

teurs à la suite de M. de Savigny (1), n'est pas d'accord avec la leçon commune du manuscrit des Pandectes, où la phrase ne commencerait au contraire qu'à *proprius est*. Nératius poursuivrait l'examen de la même hypothèse, celle où la femme et le mari connaissent tous deux le véritable état des choses ; et il donnerait coup sur coup deux solutions opposées. Aussi a-t-on cherché à rendre le texte conséquent avec lui-même, en plaçant un point d'interrogation après *ipsius mulieris scientia*. C'est à ce moyen que Pothier s'arrêtait (*Pandectæ, h. t.*, n° 19). Nératius proposerait donc comme une objection la considération que la cause de possession de la femme n'est plus la même quand elle apprend que son mari est propriétaire (mais pourquoi n'ajoute-t-il pas : quand le mari aussi l'apprend ? ce qui est capital). Et il finirait par se décider en faveur de l'usuccapion. Ce serait dans tous les cas peu en harmonie avec la décision d'après laquelle le mari qui laisse éteindre la servitude dont le fonds de sa femme était grevé est un donateur. Le système suivi par M. de Savigny nous paraît donc préférable.

L'analogie entre les deux cas doit-elle être poursuivie, à supposer que le mari seul soit éclairé sur sa propriété ? Nératius n'a pas eu en vue cette dernière hypothèse. M. de Savigny, qui l'examine (2), conclut négativement. Ce n'est pas le défaut d'accord des volontés entre les deux époux qui empêcherait qu'il n'y eût donation ; car la donation

1. Droit romain, t. IV, appendice IX. §§ 9 et 10.

2. *Ibid.* § 6.

peut résulter d'un acte unilatéral du donateur. Mais l'idée de donation et par conséquent d'acte prohibé une fois admise, faut-il croire que l'usucapion n'aura pas lieu ? ou qu'elle aura lieu, mais que le mari, au moyen d'une *condictio* réclamera la valeur de la chose, comme Ulpien le décidait pour la servitude non exercée ? Ni l'un ni l'autre.

L'usucapion, commencée, d'abord, ne serait même pas empêchée par l'exercice de la revendication (l. 18, *de rei vind.* 6. 1) ; le défaut de revendication, c'est-à-dire l'inaction ne peut avoir plus d'effet. Il y a un *à fortiori* à tirer de l'hypothèse de la servitude que l'inaction, même *donationis causâ*, n'empêche pas de s'éteindre, alors qu'un seul acte d'exercice l'eût certainement conservée. Mais, d'autre part, il ne faut pas dire que, l'usucapion se poursuivant, il y aura lieu à *condictio*. Cette fois l'analogie avec la servitude perdue par non usage serait trompeuse. L'extinction de la servitude par non-usage est certaine et c'est le non-usage seul qui en est la cause ; l'enrichissement résultant de la non-revendication n'est pas aussi sûr, le sort des procès étant toujours douteux. Puis l'usucapion exige un élément de plus que l'inaction du mari, c'est la possession de la femme. Or elle pourrait être dépossédée accidentellement.

Nous pensons, au contraire, que l'usucapion suivra son cours (ce qui est évident puisque la revendication même ne l'arrêterait pas), mais que le mari aura une *condictio*. Des raisons que donne M. de Savigny, la première est peu probante : la question perd tout son intérêt juridique si

on n'admet pas que le mari est à même d'établir son droit de propriété en justice, ou si on fait intervenir l'idée d'erreur ou de prévarication du juge. Quant à la seconde raison, ce n'est que des servitudes rurales qu'il est vrai de dire que leur extinction résulte de la seule inaction du propriétaire du fonds dominant ; pour les servitudes urbaines, il faudrait de plus la *libertatis usurpatio* de la part du propriétaire du fonds servant (l. 32, § 1, de *serv. præd. urb.* 8, 2). D'autre part, il est vrai que la femme peut être dépossédée ; mais c'est une chance à courir, qui se retrouve dans toutes les choses humaines. Autrement, il faudrait valider toutes les donations, parce que tout ce qui est donné est périssable (1). Nous appliquons en somme la décision de la loi 5, § 6, parce qu'il y a donation d'un côté comme de l'autre : *vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (l. 28, pr. de *verb. sign.* 50. 16).

M. Machelard (*op. cit.* p. 263) fait remarquer à ce propos que la règle prohibitive des donations entre époux que les Romains regardaient comme rentrant dans le droit public (l. 7, § 6), ne devait pas leur sembler moins respectable que l'intérêt des créanciers frustrés par leur débiteur. Et, partant de ce rapprochement, il trouve un argument en faveur de l'opinion qui vient d'être soutenue, dans la décision de la loi 3, § 1, D. *quæ in fraud. cred.* 42. 8. Le fait par un débiteur de laisser périr un droit qui lui appartenait, dans l'intention de frauder ses créanciers,

1. M. Machelard. Textes sur les donations entre époux, p. 261.

donne lieu à l'action révocatoire : *Si forte... a debitore non petit ut tempore liberetur* dit ce texte, entre autres exemples. Nous en concluons à notre tour, contrairement à l'opinion de Savigny (1) que le mari créancier de sa femme qui laisse prescrire sa créance lui fait une donation par omission tombant sous le coup de la prohibition.

Dans l'explication de cette loi de Nératius, il a été dit *transeundo* que si un époux livre à l'autre sa propre chose *donationis causâ*, cette tradition ne peut, en aucun cas, mener à l'usucapion. « La possession du donateur ne peut même à aucun point de vue être invoquée par le donataire : » c'est en ce sens qu'il faut comprendre ce que dit Ulpien dans la loi 46, à notre titre : *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*, phrase à laquelle on a donné quelquefois une autre portée, également juste du reste, en supposant que *possessio* signifie fonds provincial (l. 115, *De verb. sign.*, 50, 16). Avec la première interprétation le texte se référerait à la possession *ad usucapionem*, mais la possession *ad interdicta*, celle qui se fait respecter vis-à-vis des tiers appartient valablement à l'époux donataire (l. 1, § 10, *De vi*, 43, 16), seulement ce dernier possède *pro possessore*, non *pro donata* (l. 13, § 1, *De hered. petit.*, 5, 3). Il est inutile de nier sa possession, chose de fait plus que de droit, comme dit Paul. *Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam quoniam res facti infirmari jure civili non potest* (l. 1, § 4, *D. de acq. velamit. poss.*, 41, 2).

1. Droit romain, t. IV, appendice IX, § XI.

§ 2. — *Donations permises.*

Nous avons vu ainsi les principaux cas d'application de la prohibition des donations entre époux, et ceux où la règle était plus ou moins logiquement écartée. Achevons de préciser la portée de cette règle, en signalant, comme nous l'avons annoncé, les quelques hypothèses où les donations entre époux étaient permises.

On admettait, par exemple, les donations peu importantes, telles que des présents de vêtements (l. 31, § 1, *h. t.*) ; de même, les cadeaux d'usage (l. 31, § 8) ; on peut citer enfin les donations faites par l'empereur à l'impératrice et réciproquement (l. 26, C., *De don. int.*, 5, 16) ; et c'est peut-être pour le dire en passant, le seul cas où la prohibition était mise de côté, franchement et sans motifs.

Il y avait toute une grande classe de donations auxquelles elle ne s'appliquait pas : nous voulons parler des donations à cause de mort. Gaius nous donne de cette exception la raison déjà précédemment indiquée : *quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt* (l. 10, *h. t.*). C'est qu'en effet la donation *mortis causa* n'acquiert sa valeur définitive que par le prédécès du donateur, donc à un moment où le mariage n'existe plus. Comme nous l'avons remarqué, donner ce motif, c'est à peu près dire qu'il n'y a pas exception véritable

au principe. Mais il faut se rappeler aussi que cet acte, que le donateur pourrait toujours révoquer, ne laisse pas place aux craintes de captation qui avaient en partie motivé la prohibition.

Cependant, la donation à cause de mort, intervenant entre époux, comportait-elle tous les effets dont elle était susceptible *inter extraneas personas* ? C'est un point sur lequel il faut insister.

En principe, celui qui veut donner une chose *mortis causa* peut le faire de deux façons différentes. Ou il livre la chose, avec la condition que la propriété sera transférée seulement à sa mort ; il reste donc *dominus* jusqu'à cette époque, et, s'il survit, au donataire, le droit de propriété n'aura jamais pris naissance sur la tête de ce dernier. Ou il transfère *hic et nunc* la propriété sous la condition qu'on reviendra sur cette translation si le donataire prédécède : c'est la *donatio pura quæ sub conditione resolvitur* (l. 2, l. 29, *D. de mort. caus. don.*, 39, 6). La condition résolutoire arrivant, la propriété ne faisait pas retour de plein droit au donateur, mais il avait une action personnelle contre les héritiers du donataire prédécédé, une *condictio ob rem dati*, pour les obliger à lui retransférer cette propriété (l. 35, § 3, *eod. tit.*), ou en cas d'aliénation de la chose pour en obtenir la valeur (l. 19, *in fine*). Cette doctrine, non sans danger pour le donateur, est corrigée par Ulpien, qui lui accorde, dans les circonstances précitées, une revendication utile (l. 26, *eod. tit.*).

Il est certain qu'entre époux, la donation *mortis causâ*

ne pouvait avoir les effets indiqués en dernier lieu. La propriété ne pouvait pas être immédiatement transférée, la règle de la prohibition s'y opposant. La donation était donc forcément transformée en donation conditionnelle, et le donateur jusqu'à sa mort restait propriétaire. C'est ce que dit Ulpien d'une façon très formelle : *medio igitur tempore dominium remanet apud eum qui donavit* (l. 11, *pr. de don. int.*). Ce principe posé, n'était-il pas possible, pourtant, de donner, dans une certaine mesure, satisfaction à l'intention des parties, quand elles avaient marqué vouloir que la propriété passât immédiatement de l'une à l'autre? Sans doute, et on y était arrivé par la théorie de la rétroactivité, en vertu de laquelle l'époux donataire, s'il survit au donateur, est considéré comme ayant été investi de la propriété dès l'instant de la tradition qu'il a reçue. Et l'importance de cette théorie est capitale : elle permet, par exemple, à l'époux donataire qui survit de profiter de la stipulation faite par l'esclave donné dans l'intervalle qui sépare la donation du décès du donateur (Javol, l. 20, *h. t.*).

Les textes, à la vérité, ne semblent pas tous d'accord sur l'admission de la rétroactivité : cela vient de ce qu'ils la fondent sur l'intention des parties, et cette intention, qui est toujours la raison déterminante, ici comme dans les donations à cause de mort *inter extraneas personas*, varie nécessairement avec les hypothèses.

Dans la plupart des cas, comme on l'a vu par l'exemple précité, la rétroactivité servira les intérêts du dona-

taire, et procurera à la donation tout l'effet compatible avec l'impossibilité d'une mutation actuelle de propriété. Aussi semble-t-il qu'il faille, en principe, et dans le silence des parties, présumer dans une tradition faite sans réserve l'intention qui justifie cette rétroactivité. De là le langage absolu que tient Papinien (l. 40, *de mort. caus. don.*) : « *Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio quo interposita fuisset.* » Et, qu'on le remarque, cette décision n'est pas contredite par Ulpien. Il vient de dire que, dans tous les cas, la propriété ne passait pas immédiatement au donataire (l. 11, *pr. de don. int.*). Mais il ne faut pas croire pour cela, ajoute-t-il, que les époux ne puissent jamais se faire de donations à cause de mort *qu'avec cette pensée* que le donataire ne sera propriétaire qu'au décès du donateur. Tout autre peut être leur intention, et la donation n'en vaudra pas moins : *ita verum est ut non solum ea donatio valeat quæ hoc animo fit ut tunc res fiat uxoris vel mariti cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio* (§ 1). La conséquence alors sera la rétroactivité. Aussi faut-il distinguer, comme le fait le même jurisconsulte un peu plus loin (§ 9). Quand il est dans l'intention d'un mari donateur à cause de mort, que la confirmation de la donation par son prédécès soit accompagnée de rétroactivité, la tradition de la chose donnée, faite dans l'intervalle par la femme à un tiers, reste en suspens, elle n'est pas nulle *à priori* (1).

1. M. Boutry, Essai sur les donations entre époux, n° 45.

Que si d'ailleurs la rétroactivité entraînait virtuellement l'inefficacité de la donation, il faudrait évidemment présumer chez les parties une intention contraire. Mais nous serions dans le domaine de l'exception. Ulpien ne semble-t-il pas indiquer lui-même que, parfois, il n'y a pas rétroactivité, mais que ce sont des situations anormales : *quando non retroagatur donatio emergunt vitia*.

Dans une autre opinion, tout le raisonnement d'Ulpien serait dominé par la proposition qui est en tête de la loi 11, à savoir que la propriété ne passe à l'époux donataire qu'après le décès du donateur. Il peut en être autrement parfois, ou plus exactement il peut y avoir rétroactivité (§ 1), mais ce n'est pas le principe. Le § 9 vient à l'appui, car le cas de rétroactivité y semble présenté comme exceptionnel.

Nous croyons que la généralité du texte de Papinien ne permet pas d'adopter ces raisons. Le § 9 de la loi n'a d'autre portée que de répéter que l'époux donataire ne devient pas propriétaire *de plano* par la donation ; il est clair d'ailleurs que si la rétroactivité est dans l'intention des parties, *plane in quibus casibus placeat retro agi donationem*, les conséquences changent ; mais ce passage ne tranche pas la question de savoir ce qui est la règle et ce qui est l'exception. M. Glasson, qui soutient le second système (1), admet du reste que la présomption sur laquelle il repose forme dérogation au principe général, qui

1. Etude sur les donations à cause de mort, p. 106 et s.

serait que dans la tradition faite sous condition l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif, sauf intention contraire évidente des parties. De sorte qu'entre époux, comme au contraire la rétroactivité n'est pas la règle, on arrive à des conséquences qui, de droit commun, seraient de véritables erreurs juridiques : *emergunt vitia*.

Ce serait dépasser les limites de cette étude que d'entrer dans la discussion du problème juridique, très controversé, qui consiste à se demander si la propriété acquise à l'événement de la condition rétroagit ou non au jour de la tradition conditionnelle (1). Contentons-nous de parcourir, avec Ulpien, différentes espèces où la donation à cause de mort entre époux se présente forcément avec un caractère de non rétroactivité, et qui constituent autant d'anomalies. C'est d'abord un mari qui, voulant faire une donation à cause de mort à sa femme (§ 2), livre la chose au *filius familias* que la femme a interposé à l'effet de recevoir, à charge de lui restituer à elle-même ultérieurement. A la mort du mari, il se trouve que la personne interposée est devenue *sui juris*. La restitution par cette personne à la femme est-elle valable ? Oui, à la condition d'admettre que l'effet de la donation *mortis causâ* n'est reporté qu'au décès du mari, parce que la personne interposée, *sui juris* à ce jour, a pu acquérir par

1. Dans le sens de la négative, v. M. Bufnoir, Théorie de la condition en droit romain, p. 407 et s.

elle-même, donc transmettre régulièrement à la femme ; au lieu qu'avec la rétroactivité, l'acquisition se faisait pour le *paterfamilias* à la puissance duquel cette personne était soumise au moment de l'acte.

Autre exemple de non rétroactivité : un mari donne à cause de mort à sa femme, encore *filiafamilias* ; celle-ci devient *sui juris, vivo adhuc marito*. La femme recueillera la donation *cum omni suo emolumento*, s'il n'y a pas rétroactivité. Autrement, la donation serait acquise au *pater* de la femme, ce qui est par hypothèse contraire à l'intention des parties. La solution serait la même si c'était la femme qui donnât au mari *filius familias* (§ 4). En sens inverse, la logique voudrait que si le mari donataire, *paterfamilias* au jour de la donation, était devenu *alieni juris* au jour de la mort de la donatrice, l'acquisition dans le système de la non rétroactivité fût pour le *pater* duquel il dépendrait alors (§ 5).

L'hypothèse du § 2 était empruntée par Ulpien à Marcellus. Scœvola, dans une annotation sur Marcellus, en présente une autre analogue. La femme a interposé, pour recevoir la chose donnée et la lui retransférer plus tard, non plus un fils de famille mais un esclave. Celui-ci est-il devenu libre au jour du décès du donateur, la validité de la restitution en découle (§ 6). Dans le § suivant, Ulpien suppose encore une donation à cause de mort du mari à la femme, dans laquelle une personne a été interposée. Cette personne meurt avant le donateur, mais après avoir reçu la chose et l'avoir remise à la donataire.

Qu'arrivera-t-il? Marcellus décidait d'une façon absolue que la donation ne peut se réaliser, parce qu'il faut à un moment quelconque que la propriété se soit fixée sur la tête de la personne interposée pour qu'elle la transmette valablement. Or, ici c'est impossible, le donateur restant propriétaire jusqu'à sa mort. Ulpien n'adopte cette solution que si la personne interposée a été désignée par la femme donataire : pas plus que la femme elle-même elle n'a pu devenir propriétaire du vivant du mari.

Quand, au contraire, c'est ce mari qui la désigne, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'elle devienne propriétaire pendant le mariage. C'est même précisément ce que veut le donateur qui l'a choisie, sauf la charge qu'il lui impose de retransférer la propriété à la femme, si cette dernière survit à lui, donateur. La tradition par la personne interposée est donc valable alors, *egit aliquid*, en ce sens que par elle la femme sera rendue propriétaire à son tour sous la condition qu'elle survive à son mari.

Une distinction de même nature est encore proposée par Ulpien (§ 8) dans le cas où la personne interposée survit au donateur et n'accomplit qu'après sa mort la translation de propriété au donataire. On suppose une femme donatrice par l'intermédiaire de Titius, et Titius ne faisant tradition au mari de la chose donnée qu'après la mort de la femme, et malgré l'opposition des héritiers de cette dernière. L'interposition émane-t-elle de la femme, Titius par la tradition qu'il a faite au mari, l'a bien rendu propriétaire, puisqu'il l'était lui-même.

Mais les héritiers de la femme auront contre lui une *condictio* pour se faire indemniser, en raison de ce que leur opposition signifiait révocation de mandat et que Titius a passé outre. Si c'est le mari qui a interposé Titius, celui-ci ne devient pas propriétaire au moment où la femme lui fait tradition, on l'a vu dans le cas précédent; mais au décès de la femme, il acquiert cette propriété à la charge de la faire passer au mari qui a contre lui l'action *mandati* à cet effet (1).

Nous avons encore à signaler deux types de donations exceptionnellement permises *inter virum et uxorem* : les donations *divortii causâ* et les donations *exilii causâ*.

Pour les Romains, l'idée même du divorce conduisait parfois (l. 11 § 11, l. 60 § 1, *de don. int.*) à légitimer les donations entre époux. Il faut se rappeler à cet égard que le divorce ne se produisait pas toujours par voie de répudiation (en pareil cas, il eût fait tomber la donation *mortis causi* faite antérieurement) (l. 11 § 10), mais bien souvent d'un commun accord *bonâ gratiâ* (l. 62 *pr.*). Comme aussi il pouvait avoir des causes très éloignées de l'aversion réciproque ou de l'incompatibilité d'humeur : *propter sacerdotium, vel etiam sterilitatem, vel senectutem aut valetudinem aut militiam* (l. 60 § 1, l. 61). Il était d'usage, en pareil cas, que l'époux qui provoquait le divorce fît à l'autre époux une donation, pour lui rendre en quelque façon la séparation moins pénible (Ulp. *reg.*

1. V. M. Glasson, *op. cit.* p. 114, 115.

VII § 1). C'était admis car on ne pouvait redouter ici la captation. Il fallait du reste que la donation fût faite à l'époque même du divorce et non dans la prévision générale d'un divorce à venir (l. 12).

Les donations entre époux étaient aussi autorisées *exilii causâ* (l. 43). La condamnation à l'exil ou à la déportation dans une île faisant perdre la qualité de citoyen Romain, il en résultait que la donation devenait naturellement possible entre deux personnes entre lesquelles les *justæ nuptiæ* ne pouvaient plus exister. A la vérité, des textes nous présentent la déportation comme ne dissolvant pas le mariage (l. 13 § 1 h. t.), au moins si l'époux innocent veut rester fidèle à la foi conjugale : *Siccasus in quem maritus incidit non mutet uxoris adfectionem* (l. 1. C. de repudiis 5,17). Mais cette union qui se prolonge ne pourra plus être qu'une union du *jus gentium*, non soumise à la prohibition.

On conçoit donc aisément la donation faite à l'époux condamné et elle se comprend d'autant mieux que ce dernier est dépouillé de tous ses biens par la confiscation que la déportation entraîne avec elle. En raison même de cette confiscation, on s'explique moins facilement la donation *exilii causa* que le mari exilé ferait à sa femme comme pour la récompenser de consentir au maintien de leur union. On en a donné pourtant diverses raisons. Pour les uns, la faveur due à la fidélité de l'époux innocent ferait taire les droits du fisc dans ce cas particulier (1).

1. Pothier, *Pandectæ*, h. t. n. 23.

Pour les autres, une pareille donation ne serait possible que si le Prince, par une mesure exceptionnelle, avait fait grâce au condamné de la confiscation. Ce dernier système paraît le plus vraisemblable. L'autre invoque la l. 13, § 1, (*de don. int.*) citée plus haut, dans laquelle Ulpien déclare que la déportation du donateur ne rend pas caduque la donation *mortis causâ* faite au conjoint, ce qui arriverait au contraire par la condamnation de ce donateur à une peine capitale, comme le dit ailleurs le même Ulpien (l. 7, *de m. c. don.* 39, 6). Mais la décision du jurisconsulte, en ce qui concerne la déportation, reproduit assez fidèlement l'esprit d'une constitution de Constantin, qui est la l. 24 C. *de don. int.* 5, 16, pour qu'on ait pu croire que Tribonien en avait modifié le texte primitif pour le mettre en harmonie avec cette constitution (1). Constantin dit que les donations entre époux resteront *in pendenti* malgré la déportation du donateur, c'est-à-dire ne tomberont pas, mais demeureront révocables pendant la vie dudit donateur. Il parle des donations entre époux, en général; mais à son époque, comme nous le verrons bientôt, toutes les donations entre époux ont été ramenées au régime suivi primitivement pour celles de ces donations qui étaient faites *mortis causa*. Dans tous les cas, sa décision qui dépouille le fisc, a toute l'apparence d'une innovation. *Fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habente.*

1. Cujas, Obs. l. 3, ch. X. « *Cui tamen legi manum adhibuit suam Tribonianus, ut manifesto stylus indicat.* »

Des libéralités testamentaires entre époux.

Nous ne saurions quitter ce sujet des donations permises entre époux, sans dire un mot des libéralités testamentaires. Ces libéralités, bien que restant par leur nature même en dehors du cadre de notre étude, ont un point commun avec les donations à cause de mort dont nous venons de nous occuper. Les mêmes restrictions avaient été mises à la facilité pour les époux de s'avantager soit par l'un de ces modes de disposer, soit par l'autre. Nous faisons allusion aux incapacités édictées par les lois Julia et Papia Poppæa.

Que les époux aient conservé en principe la liberté de s'instituer réciproquement héritiers, de se faire des legs ou des fidéicommiss alors que les donations entre vifs leur étaient interdites, c'est ce qui s'explique aisément puisque l'effet de ces dispositions ne se produit qu'après la dissolution du mariage. La prohibition générale ne pouvait s'appliquer. Les libéralités testamentaires furent donc frappées à un point de vue tout différent.

Les lois Julia, *de maritandis ordinibus*, et Papia Poppæa, les célèbres lois caducaires, rendues sous Auguste, en 757 et 762 de la fondation de Rome, dans le but d'encourager au mariage et à la procréation des enfants légitimes, décidèrent en principe que les libéralités testamentaires seraient perdues pour les *cælibes* et ne seraient recuei-

lies par les *orbi* qu'à concurrence de moitié. Quant aux époux sans enfants, elles ne leur laissèrent même pas entre eux cette capacité réduite reconnue en général au seul titre d'époux. Sur les libéralités testamentaires ou sur les donations à cause de mort qu'ils pouvaient se faire, il ne put désormais parvenir à l'époux avantagé qu'un dixième en propriété, plus l'usufruit du tiers des biens qui lui étaient retirés. (Ulp. *reg.* XV, *de decimis pr.* et § 3). Il faut ajouter que la femme pouvait recueillir le legs de dot intégralement. Telle était la règle. On exceptait les époux cognats au sixième degré ; ceux qui n'avaient pas encore l'âge auquel la loi exige des enfants (vingt-cinq ans pour le mari, vingt ans pour la femme) ; ceux qui avaient dépassé l'âge où les enfants peuvent être espérés (soixante ans pour le mari, cinquante pour la femme) ; ceux pour qui l'*orbitas* avait sa cause dans l'absence du mari pour un service public (l'incapacité n'était levée que temporairement) ; enfin les époux qui avaient obtenu de l'Empereur le *jus liberorum* (Ulp. *Reg.* XVI, *de sol. cap. int. vir. et ux.*).

Etant donné l'esprit de la législation nouvelle, il est facile de se rendre compte que la présence d'enfants devait dans certains cas amener un adoucissement à sa rigueur ; dans d'autres, rendre aux époux une capacité complète. C'est ainsi que la portion que les époux pouvaient recevoir l'un de l'autre augmentait d'un dixième par chaque enfant d'un précédent lit vivant au moment de l'ouverture du testament, et par chaque enfant com-

mun mort après le jour où ses noms lui avaient été donnés (Ulp. *Reg.* XV, § *quod si*). De cette progression par dixième venait même l'appellation de lois décimaires donnée aux lois caducaires envisagées au point de vue qui nous occupe. Enfin la *solidi capacitas* existait ; quand l'époux survivant avait neuf enfants existants d'un précédent lit : c'est l'application de la règle précédente, aux neuf dixièmes que ces enfants représentent s'ajoutant le dixième recueilli *matrimonii nomine*. De même quand trois enfants communs étaient morts après le *nominum dies* ; ou deux enfants communs, à trois ans accomplis ; ou un seul enfant commun après l'âge de puberté ; ou un enfant commun avant cet âge, mais dans les dix-huit derniers mois ; quand enfin il existait un enfant commun actuellement vivant ou qu'un enfant naissait dans les dix mois de la mort du mari.

A l'inverse, les époux ne pouvaient rien recevoir l'un de l'autre, même ayant des enfants, ou se trouvant dans un des cas qui précèdent, si leur mariage avait été contracté en violation de ces mêmes lois Julia et Papia, par exemple si un ingénu avait épousé une femme notée d'infamie, ou un sénateur une affranchie (Ulp., *Reg.*, XVI, § 2).

Les peines attachées au célibat ou à l'*orbitas* par la législation que nous venons de rappeler, disparurent avec Constantin (l. 1, C. *De infirm. pœn. cœl.*, 8, 58). Mais supprimées à ce point de vue, les lois Julia et Papia Poppœa gardèrent en principe leur empire comme lois

décimaires, c'est-à-dire en ce qu'elles limitaient la capacité pour les époux de s'avantager par acte de dernière volonté. Honorius et Théodose II, les abolirent définitivement en 410 (l. 2, C. *eod. tit.*), et dès lors les libéralités testamentaires entre époux ne furent plus restreintes qu'au cas de second mariage du disposant qui a des enfants d'un premier lit. Cette restriction appartient à un ordre d'idées tout nouveau : nous en parlerons à la fin de cette étude.

CHAPITRE III

SANCTION DE LA PROHIBITION.

La prohibition des donations entre époux avait une sanction rigoureuse : la nullité radicale de l'acte quelconque par lequel la donation s'était réalisée. C'est ce qu'Ulpien dit à plusieurs reprises dans le § 10 de la loi 3 (*de don. int.*), à propos des principales formes que la libéralité peut revêtir ; et il ajoute, pour tout résumer par un mot : *ipso jure quæ inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.*

Nous allons avec les textes, examiner les conséquences de la nullité, suivant que la donation a eu lieu par voie de dation, par voie d'obligation, ou par voie de libération.

§ 1. — *Donation par voie de dation.*

La même tradition qui, faite *donationis causa inter extraneos* ferait passer la propriété de la chose du donateur au donataire, est impuissante à produire cet effet quand elle intervient *inter virum et uxorem*. Proinde si

corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet (l. 3, § 10, *De don. int.*). En conséquence, le donateur, resté propriétaire, a le droit de rentrer dans la possession de chose par la *rei vindicatio*, en tant du moins que cette chose existe encore en nature. Dans le cas contraire, il est armé d'une *condictio*. *In donationibus jure civili impeditis, hactenus revocatur donum ab eo cui donatum est, ut siquidem exstet res, vindicetur ; si consumpta sit, condictur* (l. 5, § 18), Étudions en premier lieu le fonctionnement de la revendication.

A. — *Rei vindicatio*.

Il est évident que, tant que la chose existe, cette action peut l'atteindre, soit entre les mains du donataire lui-même, soit dans celles d'un tiers à qui le donataire l'aurait livrée, à supposer, bien entendu, que ce tiers n'ait pas encore usucapé. Mais, de la *rei vindicatio* exercée contre un tiers, nous n'avons rien à dire. Tout l'intérêt se concentre sur l'action dirigée contre l'époux donataire, parce qu'ici nous allons rencontrer d'importantes dérogations au droit commun.

Le donataire a connu, ou dû connaître, la prohibition des donations entre époux ; il sait donc qu'il n'a pas pu être rendu propriétaire ; autrement dit, c'est un possesseur de mauvaise foi (l. 19, *pr. in fine*). Et cependant il est traité d'une façon bien différente du possesseur de mauvaise foi ordinaire.

Nous n'insisterons pas sur une première différence relative aux fruits de la chose revendiquée. Le possesseur de mauvaise foi, en principe, ne fait pas les fruits siens ; la règle inverse est admise pour le possesseur de bonne foi (l. 48, pr., *De acq. rer. dom.*, 41, 1) ; au moins, s'il est actionné en revendication, n'a-t-il pas à tenir compte des fruits qu'il a consommés : *de fructibus consumptis agere non potest* (Inst. II, 1, § 35). A proprement parler, l'époux donataire n'est, en ce qui concerne les fruits, ni dans la première situation ni dans la seconde ; le droit qu'il a de les conserver se rattache à un autre principe dont nous nous sommes déjà occupé, principe adopté au moins par Julien et Ulpien et que ce dernier jurisconsulte énonce ainsi : *fructus quoque ut usuras licitam habere donationem* (l. 17, pr.).

Une dérogation bien autrement frappante au droit commun nous est signalée dans l'hypothèse du § 2 de la loi 31 à notre titre. C'est un mari qui a donné un terrain à sa femme, et celle-ci y élève des constructions. Ces constructions sont incontestablement la propriété du mari donateur ; il les revendiquera donc en même temps que le terrain ; et cependant, il devra rembourser à la femme les dépenses utiles ; cette dernière est ainsi assimilée à un possesseur de bonne foi. Le raisonnement est d'ailleurs bien simple. Le possesseur de mauvaise foi d'un terrain qui y bâtit une maison, n'a droit à aucune indemnité, parce qu'on présume chez lui l'intention de gratifier le propriétaire du sol. *Materiæ dominus proprietatem ejus amittit quia voluntate ejus intelligitur esse alienata* (Inst. II, 1, § 30).

La même présomption d'intention est inadmissible de la part de la femme, puisqu'il lui est défendu d'avantager son mari. Et, d'un autre côté, si la femme, dans la rigueur des principes, possède de mauvaise foi, il n'en est pas moins vrai qu'elle construit avec l'autorisation au moins tacite du véritable propriétaire *volente et sciente eo*. De là une décision plus douce, qui, à défaut de motif plus grave, s'expliquerait au besoin par l'idée déjà invoquée plus d'une fois qu'entre époux, la bienveillance est la règle de l'interprétation des lois.

De droit commun, le défendeur à la revendication qui succombe est condamné à restituer la chose au propriétaire ; s'il s'y refuse, pouvant le faire, ou s'il s'est mis par dol dans l'impossibilité de restituer (l. 68, *de rei vind.*, 6, 1), il encourt une condamnation dont le quantum est fixé par son adversaire après *juramentum in litem*, ce qui peut évidemment dépasser de beaucoup la valeur de la chose. Cette conséquence extrêmement rigoureuse de la situation où s'est placé le possesseur, est repoussée entre époux (l. 36, *pr.*), *nisi reddatur res, æstimatio facienda est justo pretio*. C'est encore un échec aux principes ordinaires ; et d'un autre côté, en droit commun, bien qu'en recevant la valeur de la chose, le demandeur en revendication prenne le rôle d'un vendeur vis-à-vis du défendeur, ce dernier n'est pas admis à exiger de lui la *cautio de evictione*. Qu'il ne s'en prenne qu'à lui de la solution qui intervient : *sibi possessor imputare debet qui non restituit rem* (l. 35, § 2, *de rei vind.*). La *cautio*, au con-

traire, devra être fournie par l'époux donateur ; seulement, pour ne pas lui faire, à son tour, subir une loi trop dure, elle sera restreinte au simple de l'estimation, autrement dit du prix, au lieu du double qui forme la règle dans les ventes entre étrangers.

Renversant l'hypothèse de la l. 31, § 2, nous allons supposer, avec la l. 63 à notre titre, qu'une femme a donné des matériaux à son mari, et que celui-ci les a employés à bâtir sur son propre terrain. Quels sont les droits de la femme donatrice ? Peut-elle rentrer, par l'action *ad exhibendum* suivie de l'action en revendication, dans la possession de ses matériaux qui, il faut l'admettre, auront encore, une fois détachés, une utilité appréciable ? Telle serait, suivant une interprétation, l'opinion de Neratius, que Paul rapporterait dans la première partie de la loi. Non pas, à la vérité, dit le jurisconsulte, d'après la législation des XII Tables, qui avait posé là-dessus une règle toute contraire : *Tignum junctum ædibus ne solvito*. Mais, si l'œuvre des décemvirs ne fournit pas d'action, c'est qu'ils n'avaient évidemment pas en vue des matériaux employés de la volonté même de leur propriétaire. Là-dessus, Paul rétorquerait l'argument, et n'accorderait à la femme ni la revendication tant que l'édifice est debout, ni l'action au double *de tigno juncto*. Si les décemvirs n'ont pas donné l'action en revendication au propriétaire dépouillé de ses matériaux à son insu, à *fortiori* l'auraient-ils refusée à celui qui a connu et tacitement permis la construction. Cependant, la femme

serait-elle réduite à l'expectative d'une revendication lors de la ruine de l'édifice ? Non : elle aurait une *condictio* pour se faire indemniser dans la limite de l'enrichissement du donataire, conformément au principe qu'on exposera ci-après.

Cette manière de comprendre le texte de la loi 63 nous semble en forcer légèrement la portée. Nous préférons une explication un peu différente, dans laquelle les deux jurisconsultes ne se contrediraient pas, et qui peut se formuler ainsi. Neratius, se demandant si la femme dont les matériaux ont été employés est complètement désarmée pour le moment, a répondu négativement : bien que ce ne soit pas la loi des XII Tables qui lui donnât le moyen d'agir : comment croire, en effet, que les décemvirs aient admis l'extension de l'action *de tigno juncto* au cas qui nous occupe ? Mais quelle action est ouverte à la femme ? Cela n'est pas précisé. Paul, en rappelant ce passage de Neratius, fait remarquer à son tour qu'il ne faut pas y trouver la justification d'une revendication immédiate. La revendication sera possible en principe seulement au moment de la ruine du bâtiment : *solutâ re*. Pour l'action au double *de tigno juncto*, elle est évidemment inadmissible, car les matériaux employés au su du propriétaire ne sont pas *res furtiva*, et l'action en question suppose un *tignum furtivum* (l. 1, pr., de *tign. junct.*, 47, 3). Alors, que restera-t-il à la femme donatrice ? Probablement une *condictio* (ce que le texte ne dit pas), et même la *rei vindicatio* si les matériaux pouvaient être détachés sans nuire

au reste du bâtiment du donataire (l. 45, *de don. int.*; l. 43, § 1, *de leg.*, 1^o, 30).

On remarquera que, dans la l. 63, il est utile, quelque sens qu'on adopte, de faire entre les mots *quia* et *quamvis* la transposition indiquée par Pothier (*Pandectæ, h. t.*, n^o 51). Quant à la possibilité de revendiquer les matériaux qu'on enlève sans nuire au donataire, les lois précitées font allusion à un S. C. qu'on pourrait croire en cause, mais qui n'est pas violé. Il s'agit d'un S. C. rendu sous Adrien (l. 41, § 1; l. 114, § 9, *de leg.*, 1^o), et qui défendait la destruction des édifices pour spéculer sur les matériaux. Ce n'est pas notre cas.

B. — *Condictio*.

La chose donnée n'existe plus, pour une cause quelconque, entre les mains de l'époux donataire; la *rei vindictio* en principe n'est plus possible contre lui : *res extinctæ vindicari non possunt*; mais, en revanche, une *condictio* peut s'ouvrir au profit du donateur, *condictio* qualifiée également *sine causa* ou *ex injusta causa*, la *causa* qui a mis une valeur dans le patrimoine du donataire étant une donation contraire au droit, et par conséquent, à considérer en droit comme inexistante (l. 6, *de don. int.*). Si la chose donnée est actuellement possédée par un tiers, le donateur pourra choisir entre la revendication contre ce tiers, et la *condictio* contre le donataire qui en détient la valeur. Dans tous les cas, quand la *condictio* est admise, c'est sous

le bénéfice d'une double restriction : le donataire ne peut jamais être tenu de restituer une valeur supérieure à ce qu'il a reçu, et jamais au-delà de ce qui lui reste d'enrichissement au moment de la *litis contestatio* (l. 7, *pr. h. t.*).

Ces observations dominent les différentes hypothèses où la chose donnée n'est plus susceptible de revendication. Et ces hypothèses elles-mêmes peuvent se ramener toutes, dans un intérêt de clarté, à deux situations distinctes : ou le droit donné s'est évanoui purement et simplement pour le donataire, ou il n'a disparu que pour faire place à un autre droit, réel ou personnel. Nous examinerons les deux cas l'un après l'autre.

Première situation. — La chose donnée a péri sans compensation. Si c'est par cas fortuit, comme elle est restée la propriété du donateur, elle a péri pour lui ; et il n'a aucune répétition à exercer. Perte totale ou perte partielle, pas de difficulté dans ce cas (l. 28, *pr.*).

Si c'est par la volonté du donataire (qui a détruit ou donné la chose, dissipé l'argent qu'il avait reçu), il est plus difficile de formuler une réponse précise, au moins pour l'époque antérieure au S. C. d'Antonin Caracalla dont nous aurons à nous occuper bientôt. La difficulté vient de ce que, de droit commun, on donne l'action *ad exhibendum* ou la *rei vindicatio* contre celui qui, *par dol*, a cessé de posséder (l. 9, *pr. D. ad exhib.* 10. 4 ; l. 27, § 3, *de rei vind.* 6. 1), parcequ'on met sur le même pied le possesseur et celui *cujus dolo malo factum sit quo minus possideret vel*

haberet (l. 150, D. *de reg. jur.* 50. 17), La règle est répétée plusieurs fois dans les textes (l. 131 ; l. 157, § 1, *cod. tit.*). Quant à la *condictio*, elle exige, en général, aussi, le *dolus*, et n'est pas accordée en cas de simple *culpa*. (Comp. loi 65, § 8, l. 26, § 12 ; l. 65, § 6, D. *de cond. ind.* 12. 6). Mais en était-il bien de même à l'encontre de l'époux donataire ? Julien suppose une femme qui, par dol, a fait périr la chose que son mari lui avait donnée, et il accorde contre elle ou l'action *ad exhibendum* ou l'action *legis Aquiliae*. *Si mulier dolo fecerit ne res extaret sibi a marito donata, vel ad exhibendum vel domni injuriæ cum ea agi poterit, maxime si post divortium id commiserit* (l. 37, h. t.). Il n'est pas inutile de remarquer que la loi *Aquilia* s'appliquait en principe non-seulement au dol, mais à la faute (Inst. IV. 3. §§ 3 et 14 ; l. 44, *pr.* D. *ad. leg. aq.* 9. 2) ; comme s'il s'agissait d'un esclave donné à la femme, et qui, en exécutant au péril de sa vie un ordre de cette dernière, viendrait à succomber. Julien semble s'arrêter formellement à la seule hypothèse du dol. Un autre texte, de Pomponius, présente une solution analogue. *Si vir nummos ab uxore sibi donatos sciens suos factos non esse pro re emptâ dederit dolo malo fecit quominus possideat : et ideo ad exhibendum actione tenetur* (l. 14, *ad exhib.* 10. 4). Ces textes, conservés au Digeste, par une inadvertance évidente, car ils contredisent, comme on va le voir la théorie de faveur apportée par le S. C. de Caracalla, peuvent passer pour traduire exactement les principes de l'ancien droit. Il nous paraît bien probable, toutefois, que l'idée de dol devait être difficile-

ment admise dans le fait de l'époux qui perd, détruit, dissipe les objets donnés, et que, dans la majorité des cas, les actions précitées étaient écartées. Tout ce qui arrive en effet, c'est à la connaissance, et on pourrait presque dire, avec l'assentiment tacite de l'époux donateur, ce qui est incompatible avec la notion du *dolus malus*. Tout au plus y a-t-il *culpa* de la part de l'époux donataire, et nous avons dit que même *inter extraneos* en principe cette *culpa* ne pouvait non plus avoir pour conséquence une *condictio* (1). Des derniers mots du fragment de Julien : *maxime si post divortium id commiserit*, on peut très-bien conclure que l'admissibilité même du dol, et par conséquent des actions qu'il entraîne contre l'époux donataire était susceptible de controverse. Si l'affirmative peut se défendre, c'est surtout après le divorce, alors qu'on ne peut plus dire que l'époux donateur autorise par son silence bienveillant, les actes de destruction ou de disposition quelconques que son conjoint se permet sur les choses données.

Quoiqu'il en soit, les jurisconsultes qui écrivent sous l'empire du S. C. de Caracalla, nous montrent qu'on était arrivé à exonérer l'époux donataire de toute action en général, quand l'objet de la libéralité avait disparu sans lui laisser d'enrichissement. L'assimilation est faite entre la perte fortuite et la perte volontaire (l. 28, *pr.* Paul), puisque d'après le S. C. on comprend dans une seule expres-

1. V. M. de Saigny, *op. cit.*, t. IV, § 150.

sion : *consumptio* tout événement duquel il résulte que la donation n'a pas rendu le donataire *locupletior* (l. 32, § 9, *Ulp.*). Ainsi, sans aucun doute le cas de dol n'est même plus admissible, et tout se borne, dans la dernière période du droit des donations entre époux, à rechercher si le donataire est enrichi ; s'il ne l'est pas, le donateur n'a pas de recours.

Deuxième situation. — Mais supposons, maintenant que ce qui a été donné n'a disparu *in specie* qu'en laissant un enrichissement au donataire. Nous entrons dans la seconde situation que nous avons prévue, c'est-à-dire dans les hypothèses d'application de la *condictio*. Ainsi, le donataire a confondu dans sa caisse avec ses autres écus les espèces données ; ou il les a prêtées ; ou s'il s'en est servi pour acheter une maison, un esclave ; ou encore il a vendu ou échangé les objets donnés. Dans ces différents cas, la *condictio* va l'atteindre *hactenus quatenus locupletior factus est* (l. 5, § 18).

Nous avons indiqué que cet enrichissement s'appréciait à l'époque *litis contestatæ* et non pas *rei judicatæ*. On y comprenait tout ce qui était provenu réellement *ex re donatâ*, non seulement les esclaves achetés des deniers donnés, mais leurs enfants, mais les legs et les hérédités qu'ils avaient fait acquérir à l'époux donataire (l. 28 § 5). A qui incombait la preuve de l'enrichissement ? Ce n'était pas au donateur. Il suffisait qu'il eût prouvé la donation ; c'était ensuite au donataire à établir qu'il n'en

avait retiré que peu ou point d'utilité (1). Même quand il s'agissait d'un bien trouvé dans le patrimoine de la femme, et dont l'origine n'était pas certaine, un motif d'honnêteté publique faisait présumer qu'elle tenait ce bien de son mari (l. 51, Pomp.)

Supposons que l'époux donataire a prêté les deniers donnés ; la créance qu'il a contre son emprunteur forme un élément d'enrichissement, élément sujet à la *condictio* à concurrence seulement de sa valeur réelle, c'est-à-dire que l'action ne s'exerce que dans les limites de la solvabilité dudit emprunteur. On assimile ce cas à la perte totale ou partielle de la chose donnée, qui arriverait accidentellement (l. 16). Si l'argent donné est employé à acheter un fonds (l. 7 § 3), un esclave (l. 28 § 3) et que ce fonds ou cet esclave ait augmenté de valeur au moment de la *litis contestatio*, le profit sera pour l'époux donataire qui a fait une heureuse spéculation, la *condictio* n'étant accordée que jusqu'à concurrence de la somme donnée. Dans le cas inverse, le donateur n'a action que pour la valeur actuelle du fonds ou de l'esclave. On n'aurait pas trouvé juste que la donation, utilisée sous ses yeux par son conjoint, devint une source de perte pour ce dernier (l. 9, C. de don. int. §, 16).

Dans ce dernier texte, qui est une Constitution de Gordien, on fait ressortir que l'esclave acheté avec les deniers donnés est la propriété du donataire ; le dona-

1. M. Boutry. Essai sur les donations entre époux, n° 63.

teur n'en peut poursuivre que la valeur par une action personnelle. A côté de cela, Paul, dans la l. 55 D. *de don. int.*, suppose qu'un mari, avec l'argent que lui a donné sa femme, a acheté une chose quelconque, meuble ou immeuble, puis est devenu insolvable, la chose achetée existant encore. D'après les principes ordinaires, la femme, réduite à une action personnelle, devrait venir en concours avec les autres créanciers du mari, et, en conséquence, elle éprouverait une perte. Paul lui accorde au contraire une revendication *utile*. Il semblerait que, dans l'espèce, on aurait pu refuser à la femme même la *condictio*, attendu que le mari étant insolvable, il ne lui reste en réalité aucun enrichissement positif. Mais quand on recherche l'enrichissement qui donne ouverture à la *condictio*, on ne s'en tient pas aux biens qui se trouvent libres, le passif payé. On considère ce que le donataire possède du fait de la donation. Ici l'objet acheté avec l'argent donné a toujours apporté un appoint au patrimoine du mari, et diminué d'autant son insolvabilité. Donc, il y a enrichissement et *condictio* possible. Bien plus, si cet objet avait été la chose même donnée par la femme, une revendication directe serait admise : on a vu combien les deux hypothèses sont voisines. De là l'action *in rem utilis*.

On ne peut que constater dans la concession de cette action utile une dérogation marquante au droit commun. Quelques-uns l'expliquent simplement par une faveur ex-

traordinaire pour les intérêts de l'époux donateur (1). Toutefois, il paraît hors de doute que cette action est celle dont il est question au § 5 de la loi un. au Code de *rei uxoriæ actione* (5.13) dans laquelle Justinien, en supprimant la rétention *ob res donatas*, la déclare inutile *cum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo damno mederi* (2). Cela étant donné, on a pu soutenir que c'était Justinien lui-même qui, pour mettre le fragm. 55 de Paul en harmonie avec la législation nouvelle, y avait ajouté les derniers mots qui concernent l'action en question. Il va de soi que si la valeur de la chose revendiquée utilement dépassait la somme donnée, la femme devrait tenir compte de la différence.

Paul remarque en passant, dans cette même loi, que l'exercice de la *condictio*, restant d'ailleurs dans la double limite que nous connaissons : *quatenus res valet, non ultra id tamen quod donatum est*, sera plus avantageux pour la femme donatrice que le recours à l'action *rei uxoriæ*. Par la *condictio*, elle obtiendra une condamnation *in solidum* ; dans l'action *rei uxoriæ*, le mari jouit du bénéfice de compétence. D'autre part, et jusqu'à Justinien, comme on vient de le dire, cette dernière action admettait pour le mari la *retentio ob res donatas* (Ulp. *reg.* VI, § 9) le droit de retenir sur la dot la valeur des dons par lui faits à la femme.

1. M. Machelard. Textes sur les donations entre époux, p. 266.

2. V. M. de Savigny, *op. cit.*, t. IV, p. 182, note K.

Si la chose achetée avec l'argent donné a péri, l'époux donataire n'a rien à rendre (l. 28 § 3, *de don. int.*). Si cette chose a été revendue, puis qu'avec le prix une nouvelle acquisition ait été faite, il semblerait que cette fois les risques sont supportés par le donataire ; il n'en est rien pourtant, à ce que nous apprend Pomponius (l. 29, *pr.*). L'autre opinion avait d'ailleurs, à ce qu'il paraît, trouvé des défenseurs ; et elle était conforme au droit commun établi pour tous ceux qui sont tenus dans la limite de leur enrichissement, tel que le possesseur de bonne foi d'une hérédité. Une fois réalisé le bénéfice qui les a effectivement enrichis, peu importe qu'ils en fassent, par la suite, un emploi désavantageux et se trouvent finalement n'en rien conserver (l. 18, *quod met caus.* 4, 2.)

Enfin, si l'objet acheté avait été payé, pour partie seulement, avec les espèces données, et pour le surplus avec l'argent du donataire, puis que cet objet vint à périr, la perte serait supportée proportionnellement (l. 7, § 4).

Notons, en terminant, qu'il était un cas où l'action du donateur se heurtait à un obstacle particulier : la compensation. On suppose que deux époux se sont fait mutuellement des donations prohibées d'égale valeur. Une constitution d'Adrien décide qu'entre les deux causes réciproques de restitution, la compensation se fera purement et simplement. Et il en est ainsi, même si l'époux demandeur a dissipé ce qu'il a reçu, tandis que l'autre époux en a conservé l'émolument (l. 7, § 2). La compen-

sation s'oppose par voie d'exception de dol (l. 8, *pr. de dol. mal. exc.* 44, 4). Elle n'aurait plus lieu dès qu'on suppose que l'un des avantages est prohibé et l'autre licite. De ce qu'une femme a laissé des legs à son mari, il n'en résulte aucun obstacle à la reprise par lui des biens qu'il lui avait donnés entre vifs (l. 48, *de don int.*)

§ 2.

Donation par voie d'obligation.

La nullité qu'entraîne la prohibition des donations entre époux, apparaît ici dans toute sa rigoureuse simplicité. *Animo donandi*, l'un des époux promet à son conjoint qui stipule, de lui remettre une certaine somme d'argent. La promesse est nulle ; ce promettant n'est pas tenu ; poursuivi pour l'exécution de son engagement, il n'aura pas besoin d'exception pour se défendre, il invoquera la nullité *ipso jure* de l'acte qui est intervenu (l. 3, § 10, *h. t.*) Que s'il paie la somme promise, il jouit de la revendication tant qu'elle existe en nature, et ensuite de la *condictio* pour se la faire rembourser.

Un mari délègue son débiteur à sa femme, *animo donandi*. Tandis que l'obligation primitive devrait être éteinte par l'effet de la novation (Gaius III, § 176. Inst. III, 29, § 3), ici *nihil agitur* (l. 5, § 3). La situation reste ce qu'elle était précédemment ; le tiers délégué demeure

obligé envers le mari, qui pourra par conséquent exiger de lui le paiement de la dette. Supposons pourtant que, de bonne foi et croyant la nouvelle obligation valable, ce tiers paie entre les mains de la femme qui a stipulé. Que se passera-t-il ? Julien, qui prévoit l'hypothèse dans la l. 39, établit d'abord que la stipulation de la femme est sans valeur, *inanem fuisse stipulationem*. Cela posé, en ce qui concerne les droits du mari, la question doit se résoudre par une distinction. De deux choses l'une : ou l'argent existe encore en nature aux mains de la femme, ou il est consommé. Dans le premier cas, le tiers qui a payé peut revendiquer ; et, si le mari le poursuit par l'action dont il était tenu originairement, il lui opposera l'exception de dol, à condition de lui céder sa propre action en revendication : cette action, le mari l'exercera ensuite *debitoris nomine* pour rentrer en possession de ses espèces. Dans le cas où l'argent a été consommé et où la femme a ainsi réalisé un enrichissement, ce n'est plus une action cédée par le débiteur que le mari exerce contre elle, c'est une *condictio* née en sa personne. Tandis que, d'un autre côté, le mari voit son action primitive contre son débiteur tomber devant l'exception de dol, il agira de son propre chef en répétition d'un avantage dont il est véritablement l'auteur : *intelligitur ex re mariti locupletior facta esse mulier ; quoniam debitor dolimali exceptione se tueri potest* (1).

1. V. M. de Savigny, *op. cit.*, t. IV, App. X, § 3.

C'est le moment d'examiner une hypothèse bien proche de la précédente, et sur laquelle on rencontre dans les textes deux solutions contradictoires. Le mari voulant avantager sa femme, n'ordonne plus à son propre débiteur de s'engager envers elle par promesse. Il prend une voie un peu différente : il enjoint directement au débiteur d'opérer entre les mains de la femme le paiement de ce qu'il doit. Ce paiement est effectué : quelles en sont les conséquences ? En raisonnant strictement, il faudrait dire que le paiement est nul ; donc le débiteur n'est pas libéré. Seulement, quand le mari exercera contre lui des poursuites, il se défendra par une exception de dol, en cédant les actions dont il est investi contre la femme : savoir la *condictio*, ou même la revendication, suivant que les espèces qu'il lui a remises sont, ou non, déjà consommées. Tel est, en effet, la conclusion à laquelle arrive le jurisconsulte Africain dans la l. 38, § 1. *D. de solut.* 46, 3.

Ulpien, d'accord avec Celse, dit, au contraire, dans la l. 3, § 12 à notre titre, que le débiteur qui paie est libéré, et que le mari acquiert la propriété des écus payés. Voici la suite du raisonnement. Si l'on n'avait pas affaire à une donation que les principes du droit civil réprouvent, l'opération s'analyserait en deux aliénations successives : dans la première, l'argent est versé par le débiteur à son créancier, dans la seconde il est remis par ce dernier à la personne qu'il veut avantager. Toutefois, de ces deux aliénations, virtuellement contenues dans l'acte qu'on

examine, il y en a une qu'on sous-entend seulement, mais qu'on ne réalise pas en fait par un besoin de célérité. De même, dans notre espèce, et pour aller au fond des choses, il faut considérer que le mari a touché les espèces de son débiteur, et les a ensuite remises à la femme *donandi animo*. Or, de cette double tradition, la première partie peut avoir tout son effet ; donc elle libère le débiteur et fait passer la propriété des écus au mari. Le surplus, au contraire, est annulé en raison de l'*animus donandi* qui l'inspire. Donc la femme n'est pas rendue propriétaire, et le mari a contre elle, en tant que donateur, les actions que nous avons étudiées précédemment.

Dans l'antinomie évidente de nos deux textes, il ne faut pas chercher autre chose qu'une manifestation de la différence de doctrine qui sépare Ulpien d'Africain sur l'admission de la tradition dite *brevis manus*. Il n'y a qu'à rappeler la célèbre question qui se pose en matière de *mutuum*. Un créancier charge son débiteur de payer à un tiers qui recevra la somme comme prêt ; ou encore un mandant veut laisser à son mandataire, à titre de prêt, la somme dont ce dernier est débiteur envers lui à l'occasion de son mandat. Le *mutuum* peut-il se former?... Africain répond affirmativement dans le premier cas, mais ce n'est qu'une solution de bienveillance : *id benigne receptum est* ; et il refuse positivement d'admettre le *mutuum* dans le second (l. 34, *pr.*, *mandati*, 17, 1), car une simple convention ne peut jouer le rôle de la tradi-

tion qui rend l'emprunteur propriétaire : *alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse*. Ulpien admet le *mutuum*, au contraire, même dans le second cas, parce qu'il sous-entend une double tradition non réalisée en effet (l. 18, *de reb. cred.*, 12, 1); le mandataire est censé s'être libéré envers le mandant, et celui-ci lui avoir immédiatement retransféré les espèces. Une autre application de cette idée de tradition *brevis manus* est faite par Ulpien dans notre même loi 3, § 12. On suppose qu'une personne qui a, à la fois, un créancier et un débiteur, ordonne à son débiteur de payer entre les mains du *procurator* de son créancier. Mais il se trouve que celui qui touche comme *procurator* s'est fausement prévalu de cette qualité : ce qui constitue un *furtum*. Le jurisconsulte décide que celui qui a donné l'ordre dont s'agit a été rendu propriétaire des deniers par le paiement (c'est donc comme s'il les avait reçus lui-même, puis livrés à nouveau au faux *procurator*) ; et, en conséquence, c'est lui qui est investi de l'action *furti* : *furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse*.

Africain et Ulpien, en soutenant ces opinions divergentes, se font sans doute eux-mêmes les interprètes des tendances respectives des époques où ils écrivent ; la fiction de tradition étant venue, après coup, et pour répondre aux besoins de la pratique, faire fléchir la rigueur des principes anciens (1).

1. M. Machelard, Textes, etc., p. 247.

On a remarqué d'ailleurs que, dans le texte précité d'Africain, le cas de donation entre époux n'est cité que comme terme de comparaison. Le jurisconsulte s'occupe du paiement fait de bonne foi par un débiteur à un mandataire révoqué. Si ce mandataire a reçu avec la pensée de s'approprier frauduleusement les espèces, il y a *furtum* au préjudice du débiteur, qui n'est pas libéré, mais qui, en revanche, poursuivi par le créancier, se fera absoudre en lui cédant la *condictio furtiva*, qui lui compète contre le mandataire. Africain rapproche alors de cette hypothèse celle que nous examinions tout à l'heure, et, revenant sur sa donnée primitive, il termine en accordant directement l'action *furti* au créancier, comme ayant eu intérêt à ce que les deniers ne fussent pas détournés. Cette action naît, d'après la fin du texte, *post divortium*, mots qui ne signifient rien dans l'espèce, et ne pourraient se rapporter qu'à l'exemple cité par Africain. Mais il est bien difficile de voir un *furtum* dans l'action de cette femme qui reçoit sur l'ordre du créancier. On admettra donc volontiers, avec Ant. Favre et M. de Savigny, que ces mots ont été ajoutés par les compilateurs de Justinien, lesquels n'ont pas remarqué que les dernières lignes d'Africain n'avaient plus trait à la comparaison qu'il venait de faire, et ont dû supposer le mariage dissous, pour rendre admissible cette action *furti* qu'ils voyaient apparaître (1).

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, t. IV, app. X, § 5, notes *b* et *c*.

§ 3

Donation par voie de libération.

La donation entre époux par voie de libération peut se concevoir dans deux ordres de faits différents, suivant que l'époux qui procure à l'autre sa libération était ou non, lui-même, titulaire de la créance.

Dans la première hypothèse, que l'époux donateur recoure à l'acceptilation, ou qu'il procède seulement par *pactum de non petendo*, la prohibition des donations aura pour conséquence de réduire à néant ce qu'il aura fait (l. 3, § 10, *de don. int.*). Par conséquent, il gardera sa créance intacte, comme s'il ne s'était rien passé; et s'il a fait un *pactum de non petendo*, il n'aura pas besoin de *replicatio* pour répondre à l'exception *pacti conventi* que l'autre époux, son débiteur, prétendrait lui opposer.

Si la créance appartient à un tiers, l'époux donateur peut libérer son conjoint, *animo donandi*, tout d'abord en payant lui-même. Supposons que la femme ayant fait une acquisition le mari paie de ses deniers la chose achetée. Comme conséquence de la règle prohibitive des donations, il pourra répéter, et, remarquons-le, répéter *in solidum*, quel que soit par la suite le sort de la chose. En effet, il y a eu, dans le paiement, un bénéfice certain pour la femme, à savoir sa libération même. Cet enrichissement n'est modifié en rien par les événements

ultérieurs, et si la chose périt, c'est pour la femme. Cela ne diminue pas la donation. Ce que l'on dit de ce prix d'achat payé *animo donandi* est également vrai de toute dette acquittée dans la même intention par l'un des époux à la décharge de l'autre (l. 7, § 7, *h. t.*).

Au lieu de payer, l'époux donateur pourrait prendre pour son compte la dette de son conjoint, *expromittendo*. C'est l'hypothèse prévue par la loi 5, § 4, à notre titre. Une femme s'engage par promesse envers le créancier de son mari, et elle fournit un fidéjusseur. Qu'arrive-t-il ? Le mari devrait être libéré par l'obligation nouvelle naissant à la charge de sa femme : il n'en est rien, la prohibition s'y oppose. Le mari reste tenu ; la femme elle-même n'est pas obligée, ni par voie de conséquence son fidéjusseur. *Julianus ait perinde haberi ac si nihil promiserit.*

C'est toujours la même idée de nullité radicale qui revient dans les différentes espèces que l'on peut proposer. Il en est une sur laquelle nous insisterons particulièrement, c'est un cas d'acceptilation, mais qui touche également à la théorie de la solidarité. Un mari, dit Ulpien dans la loi 5, § 1, à notre titre, a deux *rei promittendi*, sa femme, et Titius. Si, voulant gratifier sa femme, il lui fait *acceptilatio* ni l'un ni l'autre ne sera libéré, *quia acceptilatio non valet*. C'était aussi l'opinion de Julien. Si l'*acceptilatio* est faite à Titius, celui-ci est libéré, mais la femme restera obligée.

Ulpien prévoit donc successivement deux hypothèses.

La première n'offre aucune difficulté. Comme l'acceptilation est comme non avenue, conséquence de la prohibition des donations entre époux, le jurisconsulte répète, après Julien, que l'obligation corréale n'en peut recevoir aucune atteinte. La seconde hypothèse demande plus d'attention. L'*acceptilatio* étant faite à Titius, celui-ci est libéré, mais non la femme. Quoique donnée en termes absolus, cette décision doit être restreinte au cas où il n'y avait pas société entre les deux débiteurs. Dans le cas contraire, la femme qui reste tenue aurait son recours contre Titius : autant dire alors que Titius n'est pas libéré. C'est surplus ce qui paraît être dans la pensée d'Ulpien quand il dit, au § 2 de la même loi : l'acte de donation entre époux, nul en règle générale, peut concerner, en même temps que les époux, d'autres personnes. Alors, si l'on ne peut isoler les différents intérêts en jeu, la donation elle-même vaudra. Si la séparation est possible, le reste vaudra, la donation ne vaudra pas : *Cætera valere, id quod donatum sit non valere*. Dans l'espèce exposée tout à l'heure, Titius, à qui le créancier fait *acceptilatio*, soutient deux personnages, et représente deux intérêts : le sien propre d'abord, celui de la femme ensuite, vis-à-vis de laquelle il est personne interposée quant à la libération, que le mari veut procurer. Or, s'il n'y a pas société entre eux, ces deux intérêts se séparent aisément, puisqu'il n'y a pas de recours à craindre ; on annulera une donation et on validera l'autre ; c'est la solution du § 1 *in fine*. S'il y a société, ce n'est plus possible ; il faut ou annuler le

tout, ou valider le tout. Ulpien adopte ce dernier parti : c'est bien dire que, dans notre exemple, l'*acceptilatio* faite à Titius libérerait la femme aussi.

Cette distinction basée sur l'existence ou l'absence d'une société entre les deux *correi* a contre elle l'opinion de Pothier. Pour lui (1). la libération de Titius et la persistance de l'obligation de la femme doivent être admises dans tous les cas : *non ita commixta est causa liberationis uxoris cum causa liberationis Titii quin ab eo possit separari*. Mais si cela était vrai, pourquoi Ulpien lui-même déciderait-il en matière de legs de libération (l. 3, § 3, *De liberat. leg.*, 34, 3), que si je suis associé à mon *correus*, le créancier me légant ma libération, bien que *mihi soli consultum velit*, il y aura lieu à demander l'*acceptilatio*, autrement dit que le legs profitera à mon *correus*?

Concluons donc que, pour que la femme reste obligée, Titius étant libéré, il faut supposer qu'ils ne sont pas *socii*. Mais il reste une difficulté. Le texte parle d'une *acceptilatio* ; n'est-il pas de principe que l'*acceptilatio* ne peut libérer l'un des *rei* sans qu'il y ait extinction absolue de l'obligation corréale, et libération de tous par conséquent (l. 16, *pr.*. *De acceptil.*, 46, 4)? Sans doute, aussi faut-il voir ici l'application d'une règle posée par Ulpien dans la loi 8 *pr.* (*eod. tit.*). *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum quæritur. Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum*. L'acceptilation faite par le mari ne pro-

1. *Pandectæ*, h. t., n° 54.

duisant qu'un effet relatif joue le rôle de pacte, et n'a pas plus de puissance qu'un pacte. Ainsi Titius n'est pas libéré *ipso jure* mais *exceptionis ope* (1).

1. V. M. Demangeat, Des obligations solidaires en droit romain, p. 35 à 41.

SECONDE PARTIE

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX DANS LA LÉGISLATION POSTÉRIEURE AU SÉNATUS-CONSULTE DE CARACALLA.

Dans cette seconde partie, nous allons, en premier lieu, exposer la modification apportée au droit des donations entre époux par le S. C. dont il s'agit. Nous étudierons ensuite l'étendue d'application de ce S. C., ce qui comprendra les trois questions suivantes : Quelles personnes régissait-il ? A quels actes s'étendait-il ? Dans quels cas se rencontrait-il des obstacles à son application ?

CHAPITRE 1^{er}

MODIFICATIONS APPORTÉES AU DROIT DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX PAR LE S. C. D'ANTONIN CARACALLA.

Le changement de législation qui se produisit au commencement du III^e siècle de notre ère dans la matière des donations entre époux, fut inspiré par un esprit de réaction contre la sévérité du droit antérieur. Le juris-

consulte Ulpien, qui venait, au livre 32 de ses Commentaires sur Sabinus, de présenter les règles de ce droit, et d'énumérer les nullités rigoureuses qui en découlaient, aborde, avec le livre 33 du même ouvrage, l'exposé des nouveaux principes, et il annonce en ces termes la révolution qui vient de se réaliser. *Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem quem antea retulimus, Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum Divi Severi patris sui Oratione in Senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Æmiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore* (l. 32 pr. de don. int.), puis il caractérise d'un mot l'acte législatif qui est intervenu : *Oratio... de confirmandis donationibus* (l. 32 § 1).

Il s'agit donc, d'après les indications précises que fournit Ulpien, d'un S. C. proposé en l'an 206 après J.-C. ou 959 de la fondation de Rome, par l'Empereur Antonin Auguste, généralement appelé Antonin Caracalla, du vivant de son père Septime Sévère, et ayant pour objet la confirmation des donations entre époux. On remarquera tout de suite que les divers textes qui mentionnent ce S. C. ne sont pas tous d'accord sur la personne de son auteur. La loi 3 pr. (*h. t.*), comme la l. 32 l'attribue à Caracalla ; ailleurs, on en fait l'œuvre de l'Empereur Sévère (l. 23 D. *h. t.* ; l. 10 C. de don int. ; *fragm. vat.* § 276) ; quelquefois on l'attribue aux deux Emperceurs (l. 3 C. *h. t.* ; *fr. vat.* § 294). Aussi certains interprètes ont soutenu que le régime des donations entre époux avait été modifié, non par un seul, mais par deux S. C., rendus,

le premier, sous le règne de Sévère, le second, sous celui de Caracalla. Mais cette explication fournie dans une controverse que nous signalerons bientôt paraît avoir été imaginée pour les besoins de la discussion. Il n'est pas nécessaire d'y recourir pour se rendre compte de la divergence des textes, divergence plus apparente que réelle, car à l'époque mentionnée par Ulpien, Caracalla était associé à l'Empire. Il est donc également vrai d'attacher à un S. C. unique, et son nom et celui de son père. La version d'Ulpien, qui était contemporain de la réforme, paraîtra, d'ailleurs, particulièrement digne de foi.

Jusque là, les époux ne pouvaient, en principe, s'avantager que par disposition de dernière volonté (et encore dans les limites de la loi Julia et Papia, bien entendu). Aussi un époux qui voulait rendre efficace la donation entre vifs par lui faite à son conjoint, avait une ressource, c'était de la confirmer par testament. C'est ainsi qu'Africain nous montre un mari léguant à sa femme ce qu'il lui a déjà donné (I. 109, *pr. de lég.*, 1^o.30). Mais c'était le seul moyen offert au donateur de faire sa volonté valide ; l'intention de donner, si certaine, si persistante qu'elle se fût manifestée, ne pouvait suppléer à cette confirmation qui n'avait d'ailleurs rien de rétroactif.

Donner effet à la volonté de gratifier qui persévère jusqu'à la mort même du donateur, tout en laissant à celui-ci jusqu'à son dernier jour la possibilité d'effacer un acte qu'il se repent d'avoir fait ; telle est dans sa forme la plus simple, la pensée sur laquelle repose le

S. C. de Caracalla. Les termes employés par l'Empereur traduisent d'une façon énergique à quelle double préoccupation on obéissait : *fas esse eum quidem qui donavit pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit, durum et avarum esse*. Ainsi, la justice exigeait deux choses. D'une part, on devait garantir le donateur contre les manœuvres de la cupidité, ou les entraînements de sa propre faiblesse : pour cela, on lui permettait de se rétracter à tout moment, quand il estimera lui-même qu'il n'a pas donné en toute liberté. D'autre part, il fallait tenir compte de la volonté bien arrêtée de donner, à laquelle il n'aurait manqué que d'être confirmée par testament. Il eût été bien dur de permettre à d'avidés héritiers de détruire l'effet de la libéralité de leur auteur, quand celui-ci, par son silence même, avait montré qu'il ne la regrettait point. Les donations entre époux seront donc confirmées par la mort de leur auteur, arrivée sans changement d'intention de sa part.

Est-ce à dire qu'en vertu du S. C., les donations entre époux sont désormais valables, mais révocables au gré de leur auteur ? On a pu l'induire de certains textes (l. 32 § 16 ; l. 55, *de don. int.*) bien qu'ils ne l'énoncent pas d'une façon précise. Mais, à ces textes, on en peut opposer d'autres, les lois 32, § 13 ; l. 33, 34, 35, *h. t.*, desquels résulte bien clairement, au contraire, l'inefficacité actuelle des donations entre époux faites sous l'empire même de la nouvelle législation. Si ces donations étaient valables en elles-mêmes, et *ab initio*, l'époux qui change

de volonté devrait recourir dans tous les cas à une *condictio* pour en détruire les effets. C'est ce que les jurisconsultes ne nous disent pas. Ils nous montrent au contraire la stipulation ne produisant pas d'obligation, la dation ne transférant pas la propriété.

Dans le même ordre d'idées, les contrats à titre onéreux, sous lesquels les époux cherchent parfois à déguiser une libéralité, ne sont pas plus valables depuis l'émission du S. C. qu'ils ne l'étaient auparavant; ce qui signifie que l'action spéciale au contrat ne prend pas naissance. Nous avons cité déjà la l. 32, § 24, d'Ulpien, relative à la société contractée entre époux *donationis causâ*. L'action *pro socio* n'en résultait pas à l'époque de la prohibition absolue; elle n'en résultera pas davantage maintenant. Le jurisconsulte ajoute : *quæ tamen in communi tenuerunt fine præstituto revocanda non sunt*, ce qui veut dire que, si pourtant la convention a été exécutée, si des choses ont été acquises et possédées en commun, la mort du donateur, par application du S. C., rendra parfaite la donation. Il n'y aura donc pas action *pro socio* : le texte le nie dans tous les cas; mais au moins action *communi dividundo* (1). Quant au sens des mots *fine præstituto*, qui accompagnent la décision d'Ulpien, il faut y voir, avec Meyerfeld et M. de Savigny, une allusion à la limite que les lois décimaires avaient apportée à la capacité de recevoir entre époux. Cette limite, en effet, atteignit les donations entre époux sous l'empire du S.

1. M. Boutry, Essai sur les donations entre époux, n° 93, note a.

C. (*fr. Vat.*, § 294), comme elle atteignait déjà les donations à cause de mort. Au temps de Justinien, où ces *decimæ* n'existent plus, les mots *fine præstituto* n'ont plus que le sens banal, dans la mesure fixée par les parties. Il est évident que c'est dans cette mesure que la donation produira son effet. M. de Savigny pense d'ailleurs qu'à cette dernière époque, le pacte de donner étant devenu obligatoire, il y aurait lieu à action, de par la convention même, dans l'hypothèse qui nous occupe (1).

En somme, entre l'ancienne législation et celle qu'inaugure le S. C., la grande différence, c'est que les héritiers du donateur ne disposeront plus maintenant, comme ils le faisaient autrefois, soit de la *rei vindictio*, soit de la *condictio*, dont nous avons parlé plus haut, pour reprendre à l'époux donataire et suivant les cas, ou les choses données ou l'émolument qu'elles lui ont procuré. On sous-entend, maintenant, une confirmation testamentaire de la part de leur auteur, mais cet auteur lui-même jouit desdites actions tant qu'il vit. Il n'y a qu'à appliquer ce que nous avons dit précédemment sur les conséquences de la prohibition.

Une donation que l'époux donateur efface à volonté, mais qui est confirmée par cela seul qu'il meurt sans s'être repenti, c'est, au nom près, une donation à cause de mort. Au moins, la ressemblance avec la donation

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, t. IV, § 154, texte, p. 105 et note k. — M. Machelard, Textes, etc., p. 254-255.

mortis causa était-elle bien accentuée quand celle-ci se réalise par un acte simplement conditionnel et qu'elle demeure révocable au gré du donateur. L'assimilation ne fut sans doute pas faite par les auteurs du S. C. (1); mais les jurisconsultes s'en emparèrent, et durent, en conséquence, dans une large mesure, soumettre les nouvelles donations entre époux aux règles des legs, déjà appliquées aux donations à cause de mort. Ce qui est certain, par exemple, c'est que, comme nous le disions plus haut, les restrictions des lois décimaires les atteignirent (*fr. Vat.*, § 294). De même encore, la réduction de la loi Falcidie, primitivement faite pour les légataires, puis successivement étendue aux fidéicommissaires par le S. C. Pégasien (*Inst.*, II, 23, § 5), et aux donataires à cause de mort par une constitution de Sévère et d'Antonin (l. 5, C. *ad leg. falc.*, 6, 50; l. 42, § 1, D. *de mort. caus. don.*, 39.6), finit par régir aussi les donations entre époux (l. 32, § 1, *de don. int.*). C'est-à-dire qu'elle s'appliqua à celles des donations entre époux qui, rentrant dans les termes du S. C. de Caracalla, se trouvaient confirmées dans les conditions prévues par cet acte. C'est ce qui ressort de la tournure de phrase employée par Ulpien, de qui est cette loi 32, § 1 : *De falcidia ubi possit locum habere tractandum sit : cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est*. C'est comme étant censées confirmées par testament que les donations en-

1. M. Machelard, Textes, etc., p. 271 ; M. Accarias, Précis de droit romain, t. I, n° 340.

tre époux admettent la réduction de la Falcidie, par conséquent comme étant assimilées aux dispositions de dernière volonté. La loi 12, C. *ad leg. falc.*, 6, 50, dit de même que la loi Falcidie s'étend aux donations entre époux, *quando fideicommissi partibus funguntur*, quand elles jouent un rôle analogue à celui des fidéicommiss. C'est désigner nettement les donations entre époux qui ne deviennent valables qu'à la mort de leur auteur, et exclure *a contrario* toutes celles qui, dans le droit antérieur même, auraient été exceptionnellement valables.

Ainsi, sauf cette distinction nécessaire, les donations entre époux, devenues en quelque façon des actes de dernière volonté, durent rentrer dans la masse héréditaire dont un quart est réservé à l'institué en vertu de la loi Falcidie ; la computation de ladite masse comportant, suivant les principes généraux, la déduction des dettes héréditaires, même de celles du défunt envers l'héritier (l. 87, § 2, D. *ad leg. falc.*, 35, 2 ; l. 6, pr., C. *ad leg. falc.*, 6, 50), et la réduction s'opérant ensuite proportionnellement sur les donations entre époux comme sur les autres libéralités à cause de mort, sauf les préférences que le disposant aurait pu prescrire (l. 64, l. 88, § 2, D. *ad leg. falc.*). Sans doute d'ailleurs, qu'il faut étendre ici une exception expressément formulée par la loi Falcidie elle-même, relativement aux choses que le mari aurait achetées pour sa femme et disposées à un usage : *De his rebus quæ mulieris causa emptæ paratæ essent* (l. 81, § 2, *ad leg. falc.* 35, 2) (1).

1. V. sur tous ces points M. Machelard. Textes, etc, p. 282 à 284.

Telles furent les donations entre époux, sous l'empire de S. C. de l'an 206 : des actes toujours nuls en tant que donations entre vifs, mais auxquels une confirmation désormais sous-entendue de la part du donateur, attribuait la valeur et les effets de dispositions de dernière volonté. Disons tout de suite que l'institution n'avait pas encore ainsi pris sa physionomie définitive. Il était réservé à Justinien de modifier à son tour cette théorie, en faisant rentrer les donations entre époux dans leur nature de donations entre vifs. Deux décisions de ce prince marquent le dernier progrès accompli sur ce point.

D'une part, on sait qu'une constitution de Justinien lui-même (l. 35, § 5, C. *de donat.* 8, 54), avait déclaré que les donations entre vifs se formeraient désormais par simple pacte. Consulté par le barreau d'Illyrie sur le point de savoir si cette règle s'appliquait aux donations entre époux, ou s'il était nécessaire, pour les parfaire, de procéder par voie de tradition, ou de promesse, ou enfin de recourir à un acte juridique quelconque comme pour les donations à cause de mort, Justinien se prononça dans le premier sens (*nov.* 162, *cap.* 1). D'autre part, il soumit les donations entre époux à l'insinuation, comme toutes les donations entre vifs, en général. Et de là la distinction suivante qui est capitale : régulièrement insinuée, ou dispensée de l'insinuation comme n'excédant pas 500 solides, la donation entre époux est valable, une fois confirmée par le prédécès du donateur, *comme dona-*

tion entre vifs, avec effet rétroactif au jour de l'insinuation ou de la convention. Non insinuée, elle ne vaut pour ce qui excède 500 solides, que si elle est expressément confirmée par testament; et alors, *comme donation mortis causa* et pour l'avenir seulement (l. 25, C. de don. int. 5, 16 nov. 162, cap. 1, § 2). Sur ce dernier point, le S. C. de Caracalla qui sous entendait dans tous les cas la confirmation testamentaire, se trouvait partiellement abrogé, par un retour au droit antérieur (1).

Mais, ce coup d'œil donné au dernier état de la législation romaine en matière de donations entre époux, revenons à la période exclusivement régie par le sénatus-consulte. Nous venons de parler avec Justinien d'effet rétroactif attaché à la confirmation de la donation entre époux, qui résulte du prédécès du donateur. Il est clair que, sous l'empire du S. C., et demeurant entendu que la libéralité tacitement confirmée revêt le caractère d'acte de dernière volonté, cette rétroactivité fut admise en thèse générale, mais aussi qu'elle comporta les distinctions et les réserves que nous avons étudiées précédemment, en nous occupant des véritables donations *mortis causa* que pouvaient se faire les époux à l'époque de la prohibition absolue (l. 11, §§ 2 et 3, de don. int. D.)

A un autre point de vue, auquel il a été fait allusion plus haut, le sénatus-consulte modifia dans un sens fa-

1. V. à la suite des textes précités, dans les *Dissertations de droit romain et de droit français* de M. Machelard (éd. P. Machelard), la note de M. Labbé.

vorable le régime des donations entre époux. Il fit rentrer, en effet, dans une seule idée générale exprimée par le terme de *consumptio* tout événement quelconque duquel il résultait que le donataire n'était pas, malgré la donation, *locupletior factus* (l. 32, § 9, *h. t.*) C'était, dans une foule de cas, refuser au donateur l'action révocatoire. Restaient donc les hypothèses où la donation avait produit l'enrichissement du donataire. C'est alors que le S. C. s'appliquait dans sa disposition principale, pour que la donation fût confirmée par la mort du donateur *Cæterum si factus est (locupletior) Orationis beneficium locum habebit*.

Remarquons d'ailleurs que dans le droit nouveau, en cas de donations entre époux égales et réciproques, si l'on suppose qu'un des époux a dissipé ce qu'il a reçu, tandis que l'autre est au contraire *locupletior*; puis que ce dernier vienne à mourir le premier, l'époux survivant pourra répéter (l. 32, § 9); autrement dit, la compensation introduite par Adrien pour notre hypothèse n'a plus lieu (l. 7, § 2). Cela tient évidemment à ce que, conformément au S. C., la donation faite par l'époux enrichi est devenue parfaite par son prédécès, tandis que celle qui lui a été faite est devenue par là même, caduque. Il n'y a donc pas deux causes de restitutions adverses et qui se neutralisent. Il faut observer, précisément, que si le mariage était dissous par le divorce au lieu de l'être par la mort, la compensation aurait lieu : *quamvis divortio secuto hæc compensatio locum habeat*. Avec le divorce, nous le verrons bientôt, on ne peut admettre la persévérance de l'*animus*

donandi qui sert de base à la confirmation établie par le S. C. de Caracalla.

Il nous reste à nous demander, pour terminer cet exposé de la théorie générale du S. C., si d'autres événements que la mort naturelle de l'époux donateur pouvaient entraîner confirmation de la donation. En principe, il faut répondre négativement. En ce qui concerne la mort par suite de condamnation, c'était par une exception au droit commun que le militaire, qui encourait une peine capitale par suite de crime militaire, était autorisé, en général, à disposer de ses biens par testament (l. 6, § 6, *de inj. rupt. test.* D. 28, 3). Quand cette autorisation lui était accordée, sa mort devait par une conséquence toute simple, valider la donation qu'il aurait faite à son épouse. Car celui qui teste valablement peut donner *mortis causa*; or la donation entre époux, c'est une donation à cause de mort dans l'ordre d'idées qui nous occupe (Ulp. l. 32, § 8). Mais, nous le répétons, et nous reviendrons là-dessus en parcourant les cas où la confirmation des donations entre époux rencontre des obstacles, c'était là un droit exceptionnel. Aux termes d'une constitution de Constantin, dont on a parlé plus haut à propos des effets de la déportation de l'époux donateur (l. 24, *C. de don. int.* 5, 16), un revirement complet eut lieu dans les principes jusqu'alors observés; c'est-à-dire que les donations entre époux se trouvèrent confirmées par deux faits qui, au contraire, entraînaient leur caducité : la condamnation à mort du donateur, ou

l'esclavage de la peine encouru par lui. Les intérêts du fisc étaient donc résolûment sacrifiés à ceux de l'époux innocent, et tout se passait comme en cas de mort naturelle de l'époux coupable. *Res uxoris quæ... largitione viri in eam ante reatum jure pervenerunt, damnato ac mortuo ex pœna marito vel in servilem conditionem ex pœnæ qualitate deducto, illibatas esse præcipio, nec alieni criminis infortunio adstringi uxorem.*

Nous rappellerons que la *servitus pœnæ*, suite rigoureuse de la condamnation aux mines, disparut sous Justinien (*nov. 22. cap. 28*). Dès lors, la donation faite par le condamné à son conjoint reste en suspens jusqu'à sa mort naturelle. La même décision, nous le savons déjà, était appliquée par la Constitution de Constantin en cas de déportation : la mort de l'époux condamné confirmait sa donation, s'il ne l'avait révoquée conformément au droit commun.

Quant à la captivité de l'un des époux, nous dirons plus loin quelles en étaient les conséquences.

CHAPITRE II.

ÉTENDUE D'APPLICATION DU S. C. DE CARACALLA

SECTION 1^{re}. — *Quelles personnes régissait-il ?*

Le S. C. pouvait être invoqué par tous ceux que frappait naguère la règle de la prohibition absolue des donations, c'est-à-dire par les époux eux-mêmes, et par toutes les personnes que le lien de puissance confondait avec chacun d'eux dans une même personnalité juridique. *Oratio non solum virum et uxorem complectitur sed etiam ceteros qui propter matrimonium donare prohibentur* (l. 32 § 16 D. h. t.).

L'application du S. C. aux époux n'appelle aucune observation spéciale. Il en est autrement, en ce qui concerne les membres de leurs familles respectives, qui, dans les idées Romaines, ne faisaient qu'un avec eux-mêmes, sous le rapport du patrimoine. Là-dessus, il faut distinguer plusieurs hypothèses.

I. — L'un des époux est le donataire ; c'est un parent de l'autre qui est donateur. Dans quelles conditions la confirmation de la donation va-t-elle se produire ? Il faudra qu'avant le décès du donateur, qui opère cette

confirmation à défaut de changement de volonté, l'époux qui est son parent, réputé lui-même donateur, soit prédécédé. Par exemple, un beau-père ayant son fils *in potestate* fait une donation à sa bru ; son fils meurt *constante matrimonio*. Si le beau-père meurt ensuite sans être revenu sur la donation, celle-ci deviendra inattaquable, par application du S. C. Telle est la solution que donne Papinien, cité par Ulpien, au même § 16 de la l. 32 à notre titre. Que si le fils (le mari) avait survécu à son père, le prédécès de ce dernier, *durante voluntate* n'aurait pas confirmé la donation, car c'eût été la valider pendant le mariage, puisque, encore une fois, la donation faite par celui qui a un époux en sa puissance est considérée comme émanant de cet époux même.

II. — Supposons maintenant que c'est un des époux, la femme, par exemple, qui donne à une personne juridiquement identifiée avec le mari, telle que son père, qui l'a en sa puissance. Bien entendu, pour que la donation vaille, il faudra que la donatrice persévère jusqu'à sa mort dans son intention ; mais la question est de savoir si, en supposant le beau-père déjà mort à cette époque, il n'y aurait pas là un obstacle à la confirmation ? Une sous-distinction est nécessaire. Si le mari, survivant à sa femme, était l'unique héritier de son père, comme il avait recueilli en cette qualité la libéralité, on voit dans ce cas, comme une nouvelle donation succédant à l'ancienne, donation soi-disant adressée directement au mari, et dès lors confirmée comme de droit par la mort de la

femme. Dans le cas où le mari ne succédait pas à son père, ou ne succédait que pour partie, la libéralité se trouvait infirmée totalement ou partiellement aussi, dans la mesure où l'émolument ne lui en parvenait pas (l. 32 § 18 h. t.).

III. — C'est le parent de l'un des époux qui donne au parent de l'autre, le père du mari au père de la femme, par exemple. Il faut appliquer distributivement les solutions qui précèdent. Notamment, il faudrait le prédécès du mari, réputé donateur, pour que la confirmation résultât ensuite de la mort de son père (l. 32 § 20, *in fine*).

Lorsqu'un fils de famille faisait à sa femme une libéralité sur son pécule *castrans* ou *quasi castrans*, comme il était assimilé à un *pater familias* quant à ces biens, la question de confirmation ne pouvait dépendre évidemment que de son prédécès à lui seul (l. 32 § 17).

Le S. C. ne parlant que de donations entre époux, une donation entre fiancés, mais dont l'effet doit être reporté après le mariage contracté, ne semble pas rentrer dans ses termes. On admit cependant que cette donation, toujours nulle à l'origine, serait validée conformément à la législation nouvelle. *Tamen donationem dicendum est ad sententiam Orationis pertinere, ut si duraverit voluntas usque ad mortem valeat donatio* (l. 32 § 22).

SECTION DEUXIÈME. — *A quels actes s'étendait le sénatus consulte ?*

Pour atténuer la rigueur de l'ancienne prohibition des donations entre époux, les auteurs du S. C. avaient, nous le savons, considéré notamment de quelle injustice il était de laisser les héritiers du donateur dépouiller le donataire, contrairement peut-être à la volonté de leur auteur. *L'Oratio* emploie le mot *eripere*. Or, on n'enlève qu'à celui qui a déjà. Ne doit-on pas croire dès lors que la réforme portait exclusivement sur les donations réalisées déjà par tradition, les autres modes de donner (par promesse, par exemple, ou par remise de dette) restant soumis au droit antérieur ? Au contraire, faut-il admettre, malgré des expressions en apparence restrictives, que le S. C. s'étendait à toutes les donations entre époux, sans distinction ? Depuis longtemps, les commentateurs sont vivement divisés sur la question.

Il faut reconnaître que la première interprétation, outre l'argument de texte, peut se défendre en raison. Un donateur qui se dessaisit de son vivant marque assurément sa volonté de donner d'une façon plus certaine et plus frappante que celui qui se contente de promettre un bénéfice quelconque. On conçoit donc qu'une loi ne trouve que dans le premier cas cette manifestation solide d'intention qui justifie la confirmation de la libéralité par le seul décès du disposant. C'est ce qui, vraisemblablement

engagea certains jurisconsultes à s'en tenir aux termes mêmes de l'*oratio* strictement entendus. Papinien fut du nombre, d'après ce que nous apprend Ulpien, dans la loi 23 à notre titre ; et comme le confirme un passage des fragments du Vatican (§ 294) où on le voit, pour qualifier la tendance du S. C., se servir des termes suivants : « *Quod vir uxori dedit auferri non oportere.* » Il aurait donc fallu distinguer des donations qui ont mis le donataire en possession, des *rerum donationes*, celles dans lesquelles le disposant ne s'est dessaisi de rien. Pour les premières seules serait faite l'*oratio Divi Severi*.

Cette interprétation a contre elle des textes d'une précision telle, que nous ne pouvons pas y voir l'expression de la vraie théorie romaine, nous voulons dire au moins de la théorie qui finit par l'emporter : Ulpien, de qui ils émanent principalement, étant le jurisconsulte auquel les compilateurs des Pandectes ont le plus emprunté pour traiter des donations entre époux, surtout en ce qui touche l'époque postérieure au S. C. de Caracalla. Voyons donc comment s'exprime Ulpien à notre titre, lorsqu'il vient d'énoncer l'innovation introduite par le S. C. Il est clair que d'après lui, il fallait donner à cet acte une portée générale.

La loi 32, § 1 porte : « *Oratio pertinet... ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatæ sunt et obligatio sit civilis.* » Ulpien met donc sur le même rang, semble-t-il, et fait valider au même degré par le S. C., des donations entraînant des conséquen-

ces diverses : transmission de propriété dans un cas, création d'une obligation dans l'autre cas. De part et d'autre, ces effets seront maintenant opposables aux héritiers du donateur. Un peu plus loin Ulpien rapproche de la tradition effectuée la remise de dette opérée, par exemple, au moyen d'une acceptilation. *Sive res fuit quæ donata est, sive obligatio remissa potest dici donationem effectum habituram : ut puta uxori acceptum tulit donationis causa quod debeat* (l. 32, § 23). Là encore, la confirmation se produira dans des conditions identiques. S'il y a eu acceptilation, ce n'est pas cet acte même qui restera en suspens jusqu'au décès du donateur ; c'est son effet : *potest dici pendere acceptilationem non ipsam sed effectum ejus*. Ce qui fait allusion seulement à l'impossibilité d'insérer formellement dans l'interrogation la condition du décès du donateur, cette condition étant cependant efficace pourvu qu'elle ne fût pas exprimée (l. 77, D. *de reg. jur.* 50. 17). Ulpien, aux paragraphes 24 et 25 de la loi 32 déclare que si la *societas* ou l'*emptio inter virum et uxorem* sont entachées de nullité quand elles interviennent *donationis causa*, c'est en conformité du droit commun et à cause de la nature même de ces actes. La qualité d'époux n'y est pour rien. Mais, l'obstacle supprimé, rien ne s'opposerait à ce que le S. C. reprît son empire.

En somme, pour Ulpien, et quelle que soit la forme sous laquelle la donation se réalise, il n'y a qu'une seule règle. Et pour tout résumer en un mot, le S. C. tend à la confirmation de *toutes* les donations qu'atteignait la prohibi-

tion ancienne. *Et generaliter universæ donationes quas impedi diximus ex oratione valebunt* (l. 32, § 23). Ulpien se reporte à tout ce qu'il a dit précédemment des donations défendues. Or il a mis dans ce nombre, à côté des donations par tradition, les donations par promesse et les donations par acceptilation (l. 3, § 10). Enfin Ulpien n'hésite pas à appliquer deux fois le S. C. à une stipulation de rente viagère faite *animo donandi* entre époux, la femme étant d'abord supposée créancière et ensuite débitrice (l. 33, *pr.* et § 2). Si la femme a stipulé et que le mari prédécède, comme une donation peut valablement consister en une annuité, le S. C. pourrait être invoqué. Dans l'autre hypothèse, quand le mari a stipulé et que la femme meurt la première *constante matrimonio*, même réponse : *Dicendum erit ex oratione donationem convalescere.*

La même théorie est appliquée par un rescrit d'Alexandre Sévère, qui est la l. 2, C. *de dote cauta.* 5. 15). Il s'agit d'un mari qui, *donandi animo*, a fait pendant le mariage un acte, où il porte la dot de sa femme à un chiffre plus élevé que ce qui a été réellement reçu : *de suo in dotem adscripsit*. Ce mari meurt sans avoir révoqué la libéralité. L'empereur déclare que, pourvu que cette libéralité soit devenue parfaite en vertu d'un acte obligatoire, *quatenus liberalitas interposita munita est*, elle pourra être réclamée des héritiers du mari. Ce n'est pas là exiger une tradition, c'est demander une donation réalisée par acte valable d'après les principes généraux : une stipulation, par exemple, qui, remplaçant la *dotis stipulatio* originaire, énoncerait une somme plus forte.

S'il en est ainsi, si ces différents textes ont bien le sens que nous leur donnons, comment se fait-il que tous les interprètes ne soient pas d'accord pour constater une divergence d'opinions entre Papinien et Ulpien, en admettant, comme nous le disions plus haut, qu'Ulpien est le représentant de la doctrine qui triompha en définitive? C'est que, dans la loi même où il nous fait connaître la distinction adoptée par Papinien entre les *donationes rerum* et les autres (l. 23), Ulpien paraît donner son approbation à cette manière de voir : *Papinianus RECTE putabat orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere; denique si stipulanti spoondisset uxori suce, non putabat conveniri posse heredem mariti licet durante voluntate maritus decessisset*. C'est bien le refus d'application du S. C. aux donations faites par voie de promesse. Or, le mot *recte* domine les deux termes de la proposition. Alors, de deux choses l'une : ou Ulpien est en contradiction formelle avec lui-même dans la l. 23 comparée aux autres fragments que nous avons cités, mais c'est inadmissible; ou il partageait réellement l'avis de Papinien, et ce sont ces fragments que nous avons mal interprétés. De sorte que, d'après les deux jurisconsultes, parfaitement d'accord entre eux, l'*oratio* n'aurait pas eu une portée générale.

Cet accord à justifier, en présence de nos textes, a singulièrement exercé l'imagination des interprètes; mais nous ne croyons pas que, malgré tous leurs efforts, ils y aient réussi. Il en est qui ont tourné en quelque façon la

difficulté, ne niant pas qu'Ulpien paraisse, au Digeste, soutenir deux opinions opposées, mais cherchant entre ces contradictions une conciliation historique. Dans ce système, que nous avons annoncé précédemment, il y aurait eu deux sénatus-consultes. Le premier (celui de Septime Sévère) aurait été fait seulement pour les *donationes rerum* ; c'est de lui que parlerait Papinien, avec beaucoup d'exactitude, du reste, comme le reconnaît Ulpien, dans un passage écrit avant le second S. C. Ce dernier (celui d'Antonin) aurait fait un pas de plus, et comporté une application générale ; de là, la théorie exposée plus tard par le même Ulpien dans les lois 32 et 33. Mais nous avons déjà fait remarquer tout le poids qu'il faut attacher à la façon dont justement Ulpien parle d'une innovation qui a eu lieu sous ses yeux. Or, aurait-il dit : *ut aliquid laxaret ex juris rigore* pour caractériser le décret du sénat de l'an 206 (c'est assurément de celui-là, du dernier en date, du plus large qu'il s'agirait), si déjà la rigueur du droit ancien avait reçu par un autre décret un premier adoucissement ? Sans compter l'in vraisemblance qu'il y a à supposer deux S. C. rendus sur le même point de droit à très peu d'années d'intervalle, le premier ayant été déjà porté du temps de l'association de Caracalla à l'Empire, c'est-à-dire en l'an 198 au plus tôt (*fr. Vat.*, § 294). Nous n'insisterons pas davantage sur cette explication, que les considérations que nous venons de reproduire ont fait abandonner généralement.

Mais arrivons tout de suite aux commentateurs qui, attaquant de front le problème, et trouvant bien dans la loi 23 une approbation entière et formelle du système de Papinien par Ulpien, prétendent qu'Ulpien ne soutient pas dans d'autres passages une opinion différente. Nous disons plus loin, nous-même, comment il faut entendre la loi 23 ; voyons si les passages en question sont expliqués d'une manière satisfaisante.

Il y a d'abord le : *et obligatio sit civilis* de la l. 32, § 1, où il est si simple de voir le lien civilement inattaquable que la mort du donateur fait sortir de la promesse par laquelle il s'était engagé envers son époux *donationis causâ*. Pour quelques-uns (c'est l'opinion des anciens glossateurs), ces mots viseraient une obligation déjà exécutée d'une façon quelconque ; en sorte que la promesse ne serait confirmée que pour le passé. Mais peut-on bien dire qu'une obligation exécutée existe encore ? Ce qui est confirmé, alors, c'est la *solutio* de l'obligation, effectuée par tradition, par exemple. Mais de cela personne ne doute. Pothier (*Pandectæ, h. t.*, n° 76) pense qu'il s'agit dans notre passage d'une créance cédée par l'un des époux à l'autre au moyen de la *procuratio in rem suam* : l'obligation du cédé envers le cessionnaire, nulle jusqu'à la mort du cédant, ne deviendrait *civilis* qu'à partir de ce moment. Mais est-il croyable que les mots : *et obligatio sit civilis*, surtout venant aussitôt après l'hypothèse d'une tradition, cachent un sens aussi lointain et aussi spécial ? D'ailleurs, avec les principes romains en matière

de mandat, il est difficile de dire que le cédé soit jamais tenu d'une *obligatio civilis* vis-à-vis du *procurator*, tant qu'il n'y a eu entre eux ni *litis contestatio*, ni paiement, [ni extinction de la créance primitive, enfin. Or, nous savons qu'en droit classique, ces principes, à peu près mis à l'écart quant aux cessions de créances faites à titre onéreux, gouvernaient encore celles qu'on faisait à titre gratuit. Le donateur les révoquait à volonté au temps de Papinien (*fr. Vat.*, § 263); elles ne devinrent transmissibles aux héritiers du donataire qu'à partir de Justinien (l. 33, C. *de donat.*, 8, §4).

On a proposé enfin de limiter la portée du passage qui nous occupe à une promesse de garantie d'éviction : mais absolument rien ne le prouve.

On n'a pas nié que les expressions *sive obligatio remissa* ne signifient que la remise de dette était confirmée par le S. C. Mais on y a vu un cas de tradition *brevis manus*, la somme due étant censée payée et rendue immédiatement par l'époux créancier à l'époux débiteur. Même sous-entendu dans l'espèce visée au rescrit d'Alexandre Sévère. Comment ne pas voir l'arbitraire qu'il y a à faire cette supposition, tout aussi admissible du reste en matière de promesse ; puisqu'on y pourrait découvrir une soi-disant tradition suivie de remise en *mutuum* ?

Enfin, quand aux stipulations d'annuités de la loi 33 (*pr.*, et, § 2) on a dit, ou qu'il y avait dans leur confirmation une exception motivée par la faveur due aux aliments que les annuités ont ordinairement pour cause,

ou que cette confirmation était subordonnée à un commencement d'exécution du vivant du donateur (ce sont encore là des assertions sans preuve) ; ou même que toutes les annuités sont déjà payées, la confirmation consistant dans l'impossibilité de les répéter. S'il fallait admettre cette dernière conjecture, qu'on trouve dans Pothier (*loc. cit.*, n° 73), la décision d'Ulpien qui refuse l'action *ex stipulatu* à l'époux créancier *pendant le mariage*, pour déclarer, au contraire, la donation confirmée au décès du donateur deviendrait incompréhensible.

Nous écartons donc ces diverses explications, et nous nous retrouvons en face de l'opinion bien tranchée d'Ulpien, opinion confirmant toutes les donations, en général, en vertu du S. C. : et cela par une suite naturelle de l'assimilation déjà indiquée, qui va rapprocher désormais les donations entre époux faites purement et simplement de celles qui étaient faites autrefois *mortis causa*. Une donation à cause de mort (l. 34, *De mort. caus. don.*, 39, 6), peut se faire par stipulation de telle sorte que le donataire ait action contre les héritiers du promettant : *scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio*. La validité d'une donation à cause de mort entre époux qui emprunte cette forme de la *stipulatio* est reconnue par Papien lui-même (l. 52, § 2, *De don. int.*). Or, l'œuvre du S. C. a été de mettre l'époux, donateur sans réserve, dans la situation où il se serait trouvé s'il avait pris la précaution de donner à cause de mort.

S'il faut nous résoudre à constater une opposition de

système entre Papinien et Ulpien, pourquoi ce dernier dit-il (l. 23) : « *Papinianus rectè putabat ?* » Toute la difficulté est désormais concentrée sur le mot *rectè*. On a résolument proposé de l'effacer (1), mais les manuscrits ne permettent pas ce hardi procédé de simplification. On a quelquefois paraphrasé la passage d'Ulpien de la manière suivante : « L'opinion de Papinien était bien conforme à la lettre du S. C. (nous l'avons remarqué plus haut), *rectè putabat* ; mais j'établirai ci-après que son esprit commande une autre étendue d'application. » M. de Savigny (2) est entré dans la véritable voie en signalant, dans la forme qu'a revêtue la loi 23, l'intervention des commissaires de Justinien. Ce n'est pas que le savant auteur soit bien sûr de l'authenticité du mot *rectè*. Mais, en la tenant pour admise, il montre Ulpien approuvant d'abord la doctrine de Papinien sur les donations par tradition ; la condamnant ensuite pour les autres. Il devait y avoir, à côté du *denique putabat* qui est dans la suite du texte, *non rectè*, ou tout autre formule équivalente, marquant expressément la désapprobation. Les compilateurs du Digeste auront omis ce blâme, que le restant des textes d'Ulpien comporte impérieusement, sans doute parce qu'ils obéissaient encore à l'influence de cette ancienne disposition législative qui enlevait toute autorité aux notes d'Ulpien et de Paul sur les ouvrages de Papinien (l. 3, C. Th., *De resp. prud.*, I, 4). La loi des

1. Ant. Faber, *Conject.*, l. 2, c. 8 (10-11).

2. *Traité de droit romain*, t. IV, § 164, p. 496.

citations ne les enchaînait pas, cependant, et la disposition dont s'agit n'était pas directement applicable au cas qu'ils avaient à résoudre. N'importe : ils crurent devoir rester fidèles à un esprit, en mettant Ulpien bon gré mal gré d'accord avec le prince des jurisconsultes.

M. Machelard (1), à l'explication duquel nous nous rallierons, suppose aussi que la loi 23, telle que nous la possédons, a été corrigée par les commissaires de Justinien. Mais il démontre que la restitution proposée par Savigny, fait parler à Ulpien un langage peu naturel. « Approuver la première proposition de Papinien, qui « énonce évidemment une restriction dans la portée du « S. C., c'eût été s'engager à ne pas critiquer le développement de cette interprétation, qui se trouve dans « l'efficacité refusée à *contrario* aux stipulations. » — Papinien établissait nettement un contraste que précisément Ulpien repousse. M. Machelard pense donc que c'est le mot *rectè* qui a été ajouté après coup dans le but indiqué plus haut.

Quelle que soit la conjecture qu'on adopte, il n'en est pas moins vrai qu'il y a eu oubli de la part des auteurs des Pandectes, au moment où ils reproduisaient plus loin des passages intacts d'Ulpien. Et, pour que le reproche qui leur est adressé ne semble pas trop téméraire, on rappellera que des difficultés surgirent en notre matière du vivant même de Justinien. Ce prince, par la nov. 162, c. 1, qu'on a déjà citée à un autre point de vue, se décida

1. Textes sur les donations entre époux, p. 280-281.

formellement pour la doctrine qu'Ulpien représentait d'après nous, c'est-à-dire pour la confirmation par la mort de l'époux donateur d'une donation réalisée autrement que par tradition, par stipulation notamment. Si cette novelle ne met pas fin à la controverse, il est au moins permis d'y voir un argument en faveur de l'opinion que nous avons soutenue, et qui fait d'Ulpien, défenseur du système le plus large, le véritable interprète du S. C. de Caracalla.

SECTION III. — *Cas où l'application du S. C. rencontrait des obstacles.*

Nous allons étudier ici les différents cas où les époux, n'étant plus, soit dans la lettre, soit dans l'esprit du S. C., un obstacle quelconque empêchait la confirmation des donations qu'ils avaient pu se faire. Les principales hypothèses sont les suivantes : Le donateur s'est repenti de sa libéralité ; — ou il a survécu au donataire ; — ou le divorce est intervenu entre eux. Nous parlerons occasionnellement des effets de la captivité subie par l'un ou l'autre des époux, et encore de quelques autres obstacles à la confirmation.

I. *Le donateur s'est repenti.*—De même que les donations à cause de mort, soit entre étrangers, soit entre époux avaient toujours été considérées comme révocables au gré du donateur, sans autre motif qu'un changement de volonté de sa part, de même, sous l'empire du S. C., l'époux

qui avait gratifié son conjoint par simple donation entre-vifs put, en tout temps, et avec toute liberté, revenir sur son intention libérale. C'est là cette faculté de se repentir, que l'*oratio* déclare éminemment conforme à la justice : *fas esse eum quidem qui donavit pœnitere* (l. 32 § 2, de don. int.). En pareil cas, la donation est anéantie.

Cependant, pour avoir ce résultat, il faut que le repentir du donateur n'ait pas été suivi lui-même d'un retour à l'*animus donandi*. Ce qu'on veut protéger, c'est la donation faite avec une volonté libre, réfléchie, et persistante jusqu'au dernier jour de l'époux qui dispose. C'est donc en somme à ce dernier jour qu'il faut se reporter, avec lui se produira ou la confirmation de la donation ou sa chute définitive. Mais jusque-là, tous les changements d'intention sont admissibles. Le repentir qui révoque, c'est la *pœnitentia suprema*, comme la résolution qui confirme, c'est la résolution dernière : *ui supremum spectemus judicium*. En attendant, le sort des donations entre époux, assimilable à celui des legs et des fidéicommiss, dit Ulpien, reste incertain et flottant comme la pensée de celui qui les a faites : *ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum* (l. 32 § 3).

Ainsi comprise, la faculté de révoquer n'implique évidemment pas une manifestation expresse d'intention. A défaut donc de déclaration écrite ou verbale, la *pœnitentia* pouvait s'induire de différentes circonstances. Dans tous les cas, pour admettre la révocation tacite, il fallait des faits présentant un caractère de certitude mar-

qué. *Si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem.* Dans le doute, la règle d'interprétation était qu'on devait pencher en faveur de la confirmation de la libéralité : *quod si in obscuro sit proclivior esse debet iudex ad comprobendam donationem* (l. 32 § 4),

Une aliénation des choses données, faite par le donateur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, soit entre vifs, soit par testament, était au nombre de ces faits, d'où résultait clairement la volonté de révoquer (l. 32 § 15 *h. t.*, l. 12 C. de don, int. 5, 16). *Cum sit manifestum* dit ce dernier texte : *donatione aut venditione vel alio quolibet modo rebus alienatis revocatam esse a viro in mulierem factam donationem.* Décision d'une portée absolue, et bien autrement large que celle que donnent les Institutes en matière de legs (II, 20 § 12) puisque l'aliénation de l'objet légué ne vaut révocation de la disposition qu'autant qu'elle a été faite *adimendi animo*.

De la part d'un époux qui a donné à son conjoint un esclave, l'affranchissement conféré à cet esclave est une aliénation véritable. Que penser cependant de l'institution de l'esclave pour héritier, *cum libertate* (Gaius, II, § 186, 187), ou même depuis Justinien, sans legs exprès de liberté (Inst. II, 14, *pr.* et § 1)? Devait-on voir là une révocation tacite de la donation, l'esclave devenant libre et *heres necessarius*, ou décider au contraire que l'esclave acquerrait l'hérédité pour l'autre époux resté son maître ? Ulpien examine la question, en supposant que la donation a eu lieu *mortis causa*. Mais cela ne diminue pas la

portée de la réponse (l. 22 *h. t.*), or, cette réponse comporte une distinction basée sur l'*animus adimendi*. Selon que l'intention de révoquer existe ou non, ce sera l'institution ou la donation qui l'emportera. *Si hoc animo eum scripsit heredem quod donationis se dixit pœnituisse, valere institutionem; cæterum...si ante donavit* (avant l'institution) *non tamen adimendi animo libertatem adscripsit*. Que si l'institution de l'esclave avait, au contraire, précédé la donation, celle-ci vaudrait révocation de la liberté et l'hérédité serait par le donataire.

Faut-il assimiler à l'aliénation de la chose donnée la constitution d'hypothèque sur cette chose, au point de vue de la révocation qu'elle ferait présumer? Oui, d'après la loi 12 C. (5, 16), citée plus haut. Oui encore, en principe, d'après la loi 32 § 5 D. *h. t. Si maritus ea quæ donaverit pignori dedit, utique eum pœnituisse dicemus licet dominium retinuit*. Cependant la preuve d'une pensée contraire n'est pas absolument écartée. Elle sera même suffisamment démontrée par ce fait, que l'époux donataire aurait été laissé en possession. En désintéressant le créancier, cet époux conservera la chose, et il pourra même lui opposer une exception de dol à fin de cession d'actions, dans le but de recourir plus tard contre son conjoint, s'il y avait révocation effective. Enfin, dans le dernier état du droit, la donation est toujours maintenue malgré la constitution ultérieure d'hypothèque. C'est ce que décide Justinien dans la nov. 162, c. 1, § 1, sans doute comme conséquence de ce qu'il

avait établi déjà entre les donations à cause de mort et les legs une assimilation à peu près complète (Inst. II, 7, § 1 et 20, § 12).

II. *Le donateur a survécu au donataire.* — L'*oratio* mettait comme une condition expresse à la confirmation des donations entre époux, le non prédécès du donataire ; la donation est non avenue *si prior vita decesserit qui donatum accepit* (l. 32, § 14). Ce point ne présentera aucune difficulté si un intervalle de temps appréciable s'écoule entre le décès de chacun des époux ; il soulèvera au contraire une question délicate, si l'on suppose que ces époux ont péri dans un même sinistre, un incendie, un naufrage, par exemple, avec des circonstances telles qu'on ne puisse aucunement reconnaître lequel des deux a survécu.

Ulpien ne se pose cette question qu'accessoirement, et pour arriver à en résoudre une autre assez analogue : celle de savoir si le S. C. s'applique quand les deux époux sont tombés simultanément en captivité. Il se décide dans le sens du maintien de la donation, et cela en arguant strictement des termes de l'*oratio* qui viennent d'être rapportés. Puisque les deux époux sont morts ensemble, il est impossible de dire *prior vita decessit qui donatum accepit*. Par le même motif, s'il y avait eu deux donations réciproques, elles vaudraient l'une et l'autre. Tout cela, remarque Ulpien, n'était pas assurément dans la pensée des auteurs du S. C., *licet de commorientibus oratio non senserit*. Mais il ne faut pas oublier que l'assimilation avec les donations à cause de mort est le principe qui

domine toute cette matière ; et la décision qui précède, on l'eût donnée dans l'hypothèse où deux personnes, après s'être mutuellement donné à cause de mort, auraient péri ensemble. La répétition ne pouvant plus être exercée par aucune d'elles, *neutri datam condictionem*, il en faut conclure que leurs héritiers demeurent respectivement enrichis par l'effet des donations. Sans doute, cette répétition (*condictio*) qui, par la force des choses, meurt avec le donateur lui-même, appelle l'idée d'un droit déjà fixé sur la tête du donataire, mais résoluble par son prédécès. Pour revenir sur ce fait, accompli, il faudrait, de la part des héritiers du donateur, prouver le prédécès du donataire : ce qu'ils ne peuvent faire avec les *commorientes*. Or, ces conditions, nous pouvons les rencontrer, nous les rencontrerons même le plus souvent dans les véritables donations à cause de mort, tandis qu'il n'en est plus de même entre époux. Ici, la donation n'a jamais pu produire *hic et nunc* aucun effet ; la tradition n'a pas rendu l'époux donataire propriétaire. Il n'y a donc pas à renverser un ordre de choses préexistant, et ce serait au contraire aux héritiers du donataire à prouver que leur auteur a acquis (non conservé); autrement dit, qu'il a survécu. De sorte que l'absence de preuve devrait engendrer une présomption contraire à leur prétention. Il n'est pas douteux, cependant, que les jurisconsultes romains, par bienveillance, firent marcher exactement de pair les deux espèces. Marcien le dit formellement pour le cas de donations réciproques (l. 26, D. *de mort caus. don.*, 39, 6). Paul (l. 8, *de reb.*

dub., 34, 5) décide, comme Ulpien, qu'une donation entre époux *commorientes* est maintenue, par ce motif qu'il n'y a pas de donateur survivant pour en répéter l'émolument : *eo maxime quod donator non supervivat qui rem condicere possit.*

III. *Les époux ont divorcé.* — La persévérance de l'intention libérale chez l'époux donateur, persévérance qui, prolongée jusqu'au décès, entraînera la confirmation de la libéralité d'après le S. C., ne paraît guère compatible avec la rupture du lien conjugal. Il est donc permis de rattacher à l'idée de *pœnitentia* l'obstacle que le divorce apporte à cette confirmation. Le divorce infirmait les donations à cause de mort que les époux pouvaient se faire dans l'ancienne législation (l. 11, § 10. D. *de don. int.*) ; il infirmera maintenant toutes les donations entre époux, en général (l. 32, § 10). Et cela, sans même qu'il y ait à distinguer si les époux se séparent *bonâ gratiâ* ou autrement. Cette distinction aurait sans doute été logique, mais on ne la fit pas ; les textes le prouvent absolument (notamment la loi 62, § 1, D. *h. t.*, et la loi 18, C. *de don. int.*, qui met sans réserve le divorce au nombre des obstacles à la confirmation.

Toutefois, un fait constant l'emporte sur une présomption. Comme il est des divorces qui n'ont pas lieu *cum ira animi et offensa*, il peut se faire que l'époux donateur entende quand même maintenir la donation antérieure. Il faudra seulement qu'il déclare formellement sa volonté : *si maritus uxori donatum vult, valeat donatio* (l. 32,

§ 10). Le rétablissement du mariage engendrerait même une présomption contraire à la précédente : c'est-à-dire que la donation serait confirmée plus tard par le décès du donateur, qui, en reprenant la vie commune, paraît être revenu à ses intentions primitives (l. 32, § 11, l. 62, § 1). D'ailleurs, des froideurs non prolongées entre les époux n'auraient aucune influence : *profecto valebit donatio si fribusculum quievit* (§ 12). Non plus que l'existence dans des habitations séparées, sans que les époux cessent de se considérer comme mari et femme : des nécessités de situation sociale peuvent en rendre suffisamment compte (§ 13).

On sait que, jusqu'à Antonin le Pieux (Paul, *Sent.* V. 6 § 15), peut-être jusqu'à Marc-Aurèle (l. 5, C. *De rep.* 5 17) le père de famille qui avait conservé la puissance paternelle sur un enfant marié, pouvait lui imposer le divorce et signifier lui-même la répudiation. La suppression de ce droit exorbitant ne fut pas sans en laisser quelque trace sur le point qui nous occupe. Ainsi l'envoi par un beau-père à sa bru du libelle de divorce, mettait à néant la donation qu'il lui avait faite, parce que, quant à eux, le mariage était censé dissous, bien que persistant en réalité, *concordantibus viro et uxore* (l. 32, § 19). De même, si les deux beaux-pères s'étaient fait des donations réciproques, l'envoi du *repudium invitis filiis* entraînait encore la caducité (l. 32, § 20).

IV. *De la captivité encourue par les époux.* — En principe, la captivité subie par l'un ou l'autre des époux

amenait l'application des règles ordinaires de la matière, c'est-à-dire le recours à la double fiction grâce à laquelle un citoyen romain, tombé au pouvoir de l'ennemi, échappait aux conséquences légales de son esclavage. On sait en effet que, ce citoyen rentrant dans ses foyers, on le considérait, en vertu du *postliminium*, comme n'ayant jamais été captif (l. 12, § 6. — l. 16, D. *De captiv. et postl. revers.* 49, 15). S'il ne revenait pas, la fiction de la loi Cornelia le faisait réputer mort au jour où il avait été pris (l. 18, *eod. tit.*). On sait, en revanche, que le *postliminium* ne pouvait pas être invoqué quant à la prolongation du mariage, quant un seul des époux, le mari par exemple, avait été réduit en captivité. Le mariage aurait été définitivement dissous à cet instant, et il aurait fallu la volonté de la femme pour le renouer au retour du captif, et ce pour l'avenir seulement (l. 12, § 4, l. 14, § 1 *eod. tit.*). Nous avons signalé précédemment cette conséquence de la notion que nous croyons la plus vraie du mariage romain. Elle est forcée, du moment qu'il n'y a pas de mariage possible là où la femme n'est pas à la disposition physique du mari. D'autre part, le *postliminium* aurait fait présumer le mariage non interrompu, si les époux, faits prisonniers ensemble, étaient rentrés tous les deux dans leurs foyers. La l. 25, *eod. tit.*, nous dit en effet que l'enfant qu'ils auraient eu *in captivitate* serait *justum et in potestate patris*.

Cela posé, appliquons les deux fictions sus-mentionnées, à la question des donations entre époux. Si l'un des époux

seulement est fait prisonnier, pas de difficulté. Est-ce l'époux donateur ? Sa mort chez l'ennemi, pouvu que son conjoint existe au jour de la captivité, confirme purement la libéralité. Est-ce le donataire qui encourt la captivité ? S'il rentre plus tard à Rome, le donateur étant mort dans l'intervalle, il y a encore confirmation. C'est ce que Justinien explique en termes assez pompeux dans la loi 27 et dernière, au Code, à notre titre. La réponse serait évidemment la même pour la première hypothèse, si le donateur, rentré de captivité et ayant rétabli son mariage, venait à mourir avant son conjoint.

Le problème est plus délicat lorsque les deux époux sont faits prisonniers en même temps. Non pas, bien entendu, quant le *postliminium* peut être plus tard invoqué par l'un et par l'autre, comme nous l'avons indiqué plus haut, mais en supposant, au contraire, que tous les deux meurent *in captivitate* « *si ambo ab hostibus simul capti sunt, amboque ibi decesserint non simul.* » C'est pour arriver à une solution sur ce point qu'Ulpien commence par étudier l'hypothèse des époux *commorientes* (l. 32, § 14). On a vu comment il se prononce dans ce dernier cas. Ici, reprenant cette donnée des libéralités réciproques entre les époux, trois partis s'offraient à lui. Ou s'attacher à l'époque où la captivité a été encourue, et dire que les deux donations seront confirmées par assimilation de cet événement à la mort simultanée des deux époux. Ou annuler les deux donations, parce que le mariage est rompu du vivant des deux époux et que la confirmation

de la donation suppose le maintien de l'union conjugale, le divorce étant, nous l'avons vu, un obstacle péremptoire à cette confirmation. Ou enfin considérer l'ordre réel des décès, l'époux survivant recueillant seul le bénéfice de la donation qui lui est faite. Ulpien se décide pour le premier parti, c'est-à-dire qu'il applique purement et simplement la fiction de la loi Cornelia. *Mea tamen fert opinio ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis quasi tunc defecerint*. Au cas de retour d'un seul des deux époux, qui ont été pris ensemble, c'est lui qui est considéré comme l'époux survivant (même loi, 32, § 14).

V. *Autres obstacles à la confirmation des donations*. — Faut-il appliquer les mêmes principes au cas où les époux, au lieu de tomber en captivité, devenaient esclaves d'un particulier ou esclaves de la peine ? En aucune façon.

Ulpien, examinant d'abord le cas où l'époux donateur *servus fuerit effectus privati*, va au devant de l'objection qui consisterait à dire : *Morti servitus comparatur*. Le donateur est comme mort, donc la donation est confirmée, Tout au contraire *dicendum est non impletam sed peremptam donationem*. L'époux devenant esclave d'un particulier, il perd tout droit de disposition, en même temps que ses biens passent tout entiers à son maître par une *successio per universitatem* analogue à celle qu'entraîne l'*adrogatio* ou la *conventio in manum* (Gaius, III, § 83). Or, en matière de donations entre époux comme en matière de libéralités testamentaires, il faudrait, chez le disposant, la capacité au moment de la mort ou de l'événement

qui y est assimilé. Ici, cette capacité est ravie à l'époux donateur au moment précis où elle lui serait nécessaire. S'il en est autrement dans le cas de captivité chez l'ennemi, si le prisonnier est réputé mourir dans l'intégrité de ses droits, c'est par une faveur qui n'est plus méritée dans cette hypothèse. Si c'est l'époux donataire qui devient esclave d'un particulier, la donation est évidemment anéantie (l. 32, § 6) par application des principes généraux.

Devenu *servus pœnæ*, l'époux donateur ne pouvait être traité plus doucement que s'il devenait *servus privati*. L'assimilation entre les deux cas devait se faire alors même qu'en se donnant la mort de ses propres mains, il aurait cherché à prévenir une condamnation qu'il savait inévitable. Le suicide inspiré *metu criminis* ou *conscientia sceleris* équivalait dans les idées romaines à une condamnation irrévocable, et avait en principe pour conséquence la confiscation des biens du mort (l. 3 *pr.* et §§ 1, 3, 4, 6 *de bonis eor.*, 48.21). Dans un autre cas, la mort même involontaire d'un accusé pendant le cours des poursuites dirigées contre lui ne mettait pas fin au procès. Et s'il intervenait une condamnation, son patrimoine était encore attribué au fisc. Cette dérogation aux principes ordinaires avait lieu pour le crime de *perduellio* (l. 11 D, *ad. leg. Jul. majest.* 48.4). C'est pourquoi si un époux s'est suicidé dans les circonstances que nous venons d'indiquer, ou s'il est décédé sous le coup d'une accusation de haute trahison, et que sa mémoire ait été

frappée, *post mortem memoria ejus damnata sit*, les donations qu'il aurait pu faire à son conjoint seront mises à néant, comme toute donation *mortis causa* en général (l. 32 § 7).

Nous savons que ces propositions doivent être renversées à partir de Constantin. Par une innovation consignée dans la l. 24 C. *de don. int.*, la condamnation capitale, ou la *servitus pœnæ* encourues par l'époux donateur, désormais assimilées à sa mort naturelle, eurent pour conséquence la confirmation des donations par lui faites à son conjoint. La Constitution ne parle pas des autres obstacles à la confirmation dont nous venons de nous occuper : *si mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverti vel post mortem memoria damnata sit* ; et le maintien au Digeste de la décision d'Ulpien là-dessus, a pu faire croire que la réforme n'allait pas jusque là. La généralité des termes employés par Constantin, nous semble condamner cette distinction.

L'émancipation pouvait être, dans certaines circonstances déterminées, une cause de non confirmation. Supposons que la donation est faite à l'un des époux par une des personnes qui s'identifient avec l'autre époux d'après la constitution juridique de la famille romaine : son *pater familias*, par exemple ; ou bien que la donation est faite par l'un des deux beaux-pères à l'autre, puis que l'un des époux ou tous les deux sont ensuite émancipés. Le lien de puissance étant rompu, le même donateur et le même donataire pourraient à l'avenir se faire libre-

ment des libéralités ; mais pour cette raison précisément la donation déjà faite ne rentre plus dans les prévisions du Sénatus Consulte. *Debet dici donationem ad Orationem non pertinere, et ideo infirmari donationem* (l. 32 § 24).

Il nous reste à faire remarquer que l'état d'insolvabilité de l'époux donateur constituait un autre obstacle à la confirmation des donations par lui faites à l'autre époux. Et cela, quand même en donnant il n'aurait pas eu l'intention de frauder ses créanciers, c'est-à-dire en dehors de tout recours par ces derniers à l'exercice de l'action Paulienne. Julien déclare sans valeur des donations à cause de mort que fait le débiteur insolvable, *et si consilium creditorum fraudendorum non habuisset*, et cela par assimilation aux legs qui, venant d'un insolvable ne produiraient aucun effet. *Donationes mortis causa factæ legatorum instar obtinent* (l. 17 D. de mort. caus. don. 39.6). Or ce qui est vrai des donations à cause de mort en général, doit être vrai des donations entre époux dans le droit postérieur au S. C. de Caracalla.

Il est bien certain enfin que, si la donation entre époux ne laissait pas intacte la quarte légitime, elle ne pouvait être intégralement confirmée : cela par une simple application des principes généraux. De même, les donations entre époux ayant été soumises au régime de la loi Falcidie, l'empiétement sur la quarte établie par cette loi valait infirmation partielle de la libéralité. Nous n'avons pas à revenir sur ce point, précédemment traité, non plus que sur la décision de Justinien relative à l'in-

sinuation des donations entre époux. On a vu que dans le dernier état du droit, si ces donations dépassaient 500 solides, non insinuées, elle ne recevaient plus confirmation, pour ce qui excédait ce taux, par le seul prédécès du donateur.

APPENDICE

DES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX DONATIONS ENTRE ÉPOUX DANS LES SECONDES NOCES.

A l'époque où le législateur romain avait cru devoir intervenir pour favoriser par un système compliqué de peines et de récompenses, la multiplication des mariages et l'accroissement de la population en enfants légitimes, il ne pouvait être question de mettre même l'apparence d'un obstacle aux secondes unions. Aussi, excepté l'infamie qui frappait la veuve se remariant dans les dix premiers mois du deuil, rien ne fut fait, dans la période inaugurée par la loi Julia et Papia Poppœa, pour marquer d'une défaveur quelconque la situation d'époux dont l'un au moins avait été marié une première fois. Notamment on restreignit pas dans une mesure spéciale les libéralités qu'ils pouvaient se faire. Même, l'intérêt le plus grave qui soit ici mis en jeu, l'intérêt des enfants dont le père ou la mère, libre d'un premier lien, convole à d'autres noces, on ne pouvait songer à le prendre en main pour empêcher ce père ou cette mère de gratifier son nouvel époux dans les termes ordinaires : le but politique poursuivi l'emportait sur toute autre considération.

Ce furent les Empereurs chrétiens qui entrèrent dans la voie de la protection des enfants du premier lit. L'idée de modifier en leur faveur le principe de liberté qui avait fini par prévaloir en matière de libéralités entre époux, idée dont nous suivrons le développement dans l'ancien droit et dans le Code de la France moderne, se traduisit pour la première fois dans une constitution des Empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er}, rendue en 382, et connue sous le nom de loi *fæminæ quæ* (l. 3 C. de sec nupt. 59). Déjà, l'année précédente, ces princes avaient porté de dix mois à un an le temps de deuil que la veuve devait observer à peine d'infamie. Par la constitution *fæminæ quæ*, ils décidèrent que la veuve qui se remarierait après le temps prescrit, devrait conserver aux enfants qu'elle aurait du premier mariage, ou à celui d'entre eux qu'elle choisirait (*vel ad quem libet ex filiis in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ judicium mater crediderit dirigendum*), tous les biens en général qu'elle tenait de son premier mari : dons des fiançailles, donations à cause de mort, legs, etc., sans distinction. L'usufruit seul de ces biens lui restait ; si elle les aliénait, c'était à la charge d'en récompenser les enfants du premier lit, sur son propre patrimoine (l. 3 *pr.*) Il fallait de même, en cas de décès d'un de ces enfants, qu'elle réservât aux autres la nue-propriété des biens par elle recueillie dans sa succession testamentaire ou *ab intestat*. Elle ne devenait pleine propriétaire et capable de tester elle-même sur tous ces biens, que si tous les enfants issus de la première union étaient prédécédés (l. 3 § 1).

Une constitution des empereurs Théodose II et Honorius, datée de l'an 422, décida par une sorte de réciprocité avec les dispositions précédentes, que les enfants du second lit recueilleraient seuls les biens que leur mère tiendrait du second mari (l. 4 *eod it*).

En 444, par une autre constitution dite loi *Generaliter*, les empereurs Théodose II et Valentinien III appliquèrent aux veufs convolant à de secondes noces, les dispositions écrites pour les veuves dans la loi *fœminæ quæ* (l. 5 *pr.*). D'autre part, les enfants pour profiter du bénéfice de l'une ou de l'autre loi, n'eurent pas besoin d'être héritiers de celui du père ou de mère qui était mort le premier ; il leur suffit d'accepter l'hérédité du survivant : *scilicet si ejus qui posterior moritur, hereditatem creditorit adeundam*. Et cela, dit la constitution, de crainte qu'une règle toute de faveur pour les enfants ne parût tourner dans certains cas à leur désavantage.

Tel fut d'ailleurs le principal point de vue auquel on s'estreignit dans les secondes noces, la faculté de s'avantager entre époux, la protection des enfants du premier mariage. Mais dans un autre ordre d'idées et agissant directement contre le convol, Théodose I et Valentinien II, avaient commencé par promulguer, en l'an 380, une constitution par laquelle la veuve *infamis* (comme s'étant remariée avant le temps de deuil écoulé), ne pouvait ni apporter en dot à son nouveau mari plus du tiers de ses biens (quoique la dot ne soit pas en principe considérée comme une libéralité), ni lui laisser non plus au delà du tiers par acte de dernière volonté.

L'intérêt des enfants du premeir lit reçut un nouvel et puissant secours d'une Constitution des Empereurs Léon et Anthemius rendue en 469, et qu'on désigne comme plusieurs des textes déjà cités en cette matière, par les premiers mots qui figurent en tête : la loi *Hac edictali*, Etait-ce assez faire pour ces enfants que de leur garantir la restitution des gains nuptiaux que leur auteur remarié devait à sa première union ? Non, si cet auteur demeurait libre d'avantager son nouveau conjoint, sur ses propres biens sans doute, mais dans les conditions ordinaires. Les enfants se trouveraient exposés encore à être dépouillés par leur père ou leur mère, trop évidemment soumise à l'influence du nouveau lien contracté ; dépouillés différemment, mais non moins injustement. C'est à cette pensée qu'obéit la loi *Hac edictali*.

Statuant pour le veuf comme pour la veuve (et sans distinction à l'égard de cette dernière, quel que fût le temps de veuvage écoulé), Léon et Anthemius décidèrent que l'époux qui convolerait à un second ou subséquent mariage, ne pourrait donner à son nouvel époux, soit par legs ou par fidéicommiss, soit à titre de dot ou de donation *ante nuptias*, soit par donation à cause de mort ou donation ordinaire (celle-ci devant être confirmée comme de droit par son prédécès), une quotité supérieure à la part que recueillerait un des enfants du disposant ; et même, en cas de partage inégal, plus qu'il ne reviendrait à l'enfant moins prenant : *plus quam filius vel filia habet cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data*

fuert aut donata. Si cette limite était dépassée, la partie de la libéralité, formant excès, devait revenir aux enfants du premier lit, seuls (l. 6, *pr. in fine*, et l. 9, *pr. eod tit.*). Le texte ajoute : *omni circumscriptione si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit exco-gitata cessante*. Quant aux enfants du second lit, ils ne pouvaient critiquer la disposition même excessive, pourvu que leur légitime ne fût pas entamée.

Tel est, dans ses grandes lignes, le système législatif que nous trouvons en vigueur à l'avènement de Justinien. Ce prince le remania en différentes fois, sans apporter dans ses changements successifs une fixité de vues parfaite. Nous n'essaierons pas, du reste, d'exposer son œuvre en détail : bornons-nous à indiquer les modifications les plus saillantes.

A. — En ce qui concerne la théorie des lois *Fæminæ quæ* et *Generaliter*, la nécessité de conserver aux enfants du premier mariage les gains nuptiaux qui y avaient leur origine, fut étendue du cas de mort du premier époux au cas de dissolution du mariage par le divorce, quelle qu'en fût la cause (L. 9, C. *eod. tit.* Nov. 22, c. 30).

Léon et Anthémius (l. 6, § 2), pour garantir la restitution prescrite par ces mêmes lois, avaient donné aux enfants une hypothèque tacite sur les biens de leur mère remariée. Justinien décida de même pour le père remarié (l. 8, § 4).

L'époux remarié pouvait choisir primitivement l'un

de ses enfants du premier lit pour lui attribuer exclusivement le bénéfice des biens réservés. Ce choix lui fut enlevé (Nov. 2, c. 1), et tous lesdits enfants durent recueillir ces biens dans des conditions d'égalité absolue (Nov. 22, c. 25).

La condition d'acceptation par lesdits enfants, au moins de la succession du dernier mourant de leur père et mère, fut supprimée; ils n'eurent plus besoin d'être héritiers ni de l'un, ni de l'autre (Nov. 22, c. 26, § 1).

Pour la disposition de la loi *Fæminæ quæ*, qui visait le cas où la mère remariée succède à un des enfants du premier lit, voici ce qu'elle devint après plusieurs variations. D'après la Nov. 22, c. 46, on distingue si l'enfant a testé ou non. Dans le premier cas, il peut laisser à sa mère lapleine propriété de tous ses biens (§ 1). Dans le cas contraire, la mère recueille les biens étrangers au premier mari en propriété, et les biens venant de lui en usufruit seulement (§ 2).

Si les enfants prédécédés avaient laissé des descendants, ceux-ci recueilleraient la part dans les gains nuptiaux du premier mariage (l. 8, *pr. eod. tit.*).

La conservation de la nne propriété de ces gains fut pour un moment imposée même à l'époux non remarié (Nov. 98, c. 1). Dans le dernier état du droit de Justinien, l'époux qui reste fidèle à la mémoire de son premier conjoint, vu l'intérêt particulier dont il est digne, prend sur ces gains nuptiaux une part égale à celle de chacun de ses enfants (Nov. 127, c. 3).

B. — En ce qui touche la loi *Hac edictali*, on vient de voir qu'elle donnait aux enfants du premier mariage seuls, la portion retranchée comme excessive à l'avantage fait par leur père ou leur mère à son nouvel époux. La première modification que Justinien y apporta, consista dans l'attribution égale à tous les enfants (tant du second que du premier mariage) de cette portion retranchée. C'est ce qu'indique le *pr.* de la loi 9, Code, dite constitution *Quoniam : in capita inter omnes dividenda sancimus*. Par la suite, Justinien revint au droit antérieur, sans en donner aucune raison, sinon que sa Constitution ne lui paraissait plus bonne. *Inter eos solos ex æquo dividitur ut oportet. Namque ex secundis nuptiis filios participari etiam horum scriptum quidem in quadam constitutione est : non tamen etiam nunc nobis placet* (Nov. 22, c. 27).

La même Nov. 22 contient encore deux dispositions intéressantes sur le même sujet. Au ch. XXVIII, il est dit qu'il faut, pour établir le *quantum* de l'avantage auquel peut prétendre le second époux, considérer ce qu'est le patrimoine de l'époux disposant, non au moment où il dispose, mais au moment où il meurt. Et cela à raison des surprises que la fortune nous réserve. Au ch. XXXI, une exception est faite pour l'époux binube ayant des enfants d'un premier lit, à la faculté généralement reconnue aux gens mariés de diminuer au cours du mariage la dot ou la donation *propter nuptias*. Soit une femme remariée qui voudrait diminuer sa dot parce qu'elle sort des limites posées par la loi *Hac edictali*. En

réalité, elle irait contre les intérêts des enfants du premier mariage ; la dot n'étant plus gagnée par le mari, par cela seul qu'il survit, et sauf des conventions spéciales (l. *un.* C. § 6, *de rei ux. act.* 5. 13), et la portion excessive de cette dot étant attribuée à ces enfants-là seuls (Nov. 22 précitée, c. 27), il vaut mieux pour eux laisser les choses en l'état, que d'opérer d'avance une diminution jusqu'à concurrence de laquelle les biens sur lesquels ils ont actuellement des droits, redeviendraient libres entre les mains de leur mère.

Ne quittons point l'œuvre de Justinien sans mentionner une réforme, éminemment humaine, qui sans rentrer directement dans l'objet de cette étude, marque au moins un revirement profond dans la façon d'envisager les libéralités entre époux, puisqu'elle a pour but précisément de suppléer dans certains cas à l'absence de ces libéralités. La nov. 53, c. 6, suppose qu'un époux riche laisse, en mourant, son conjoint dans la misère, parce que ce dernier n'a pas de fortune personnelle, et qu'il n'y a eu ni dot ni donation anténuptiale : « *Si moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper existat* » (§ 2). Alors le survivant aura droit à un quart des biens du prédécédé ou au complément de ce quart si un legs lui a été fait d'une somme inférieure. C'est ce qu'on a appelé depuis : la quarte du conjoint pauvre. Il est vrai que la Nov. 117, c. 5, retira au mari le bénéfice de la disposition précédente, pour n'y plus appeler désormais que la femme. Encore les droits de celle-ci n'é-

taient-ils fixés à un quart que si le mari laissait au plus trois enfants, tant du mariage actuel que d'un précédent, S'il y avait des enfants communs, la part de leur mère leur était attribuée en nue-proprieté, l'usufruit seul lui étant conservé. Quoiqu'on puisse penser de ce retour en arriere, Justinien veillait encore sur les intérêts de celui des deux époux qui, pauvre et seul, a le plus besoin de protection ; et on ne peut que le louer d'une sollicitude dont notre Code, ainsi que nous le verrons plus loin, n'offre malheureusement aucune trace.

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS & LE DROIT INTERMÉDIAIRE

Nous venons d'étudier la matière des donations entre époux d'après le droit romain. Dans une autre partie de ce travail, nous devons présenter les règles qui régissent ces sortes de libéralités dans notre droit moderne, au point de vue spécial des limites apportées à la disponibilité des biens. Nous nous proposons, au préalable, de rappeler, sommairement tout au moins, comment les donations entre époux ont été comprises et réglementées en France antérieurement à la confection du Code civil. En montrant quelles furent les destinées de cette institution dans notre pays, nous établirons la liaison la plus naturelle entre l'étude qui précède et celle qui va suivre. Il nous semble d'ailleurs qu'un aperçu historique préliminaire embrassant même l'ensemble de la matière, et non pas restreint aux seules questions de disponible, peut offrir, pour la suite de nos recherches, un intérêt très-sérieux. En organisant les libéralités entre époux, le lé-

gislateur du Code civil a nécessairement obéi à une pensée générale, que les articles qui traitent de la quotité disponible ne font que traduire sous un aspect particulier. Nous éclairons cette pensée, et par conséquent, nous préparons utilement l'interprétation même de nos articles, en jetant un coup d'œil d'ensemble sur les donations entre époux dans notre ancienne législation.

Ce n'est pas tout. Un des monuments les plus importants de cette législation, l'édit de 1560, ou des Secondes noces, inspiré des Constitutions romaines dont nous avons parlé naguère, a formulé un disponible d'exception entre époux, quand l'époux donateur est remarié et a des enfants d'une première union. Il convient évidemment de donner quelques détails sur cet Edit d'où procède directement un des articles que nous avons à étudier. Ajoutons que plusieurs des questions qu'il a soulevées se posent encore aujourd'hui dans des termes absolument identiques.

Ces considérations nous paraissent contenir la justification de l'aperçu historique que nous allons présenter. Nous y envisagerons successivement :

1° L'ancien droit français proprement dit.

2° Les lois comprises entre 1789 et la promulgation du Code, c'est-à-dire ce qu'on est convenu d'appeler le droit intermédiaire.

ANCIEN DROIT

On sait qu'avant la Révolution, la France était, au point de vue de la législation qui la régissait, partagée en deux grandes zones, désignées respectivement sous les noms de *pays de droit écrit*, et *pays de droit coutumier*, et entre lesquelles la Loire paraît avoir généralement servi de ligne de séparation.

Dans les pays dits de droit écrit, pays situés au midi, le droit romain formait la règle, le droit commun : d'où leur dénomination. Ce qui n'empêchait pas qu'on ne trouvât, là aussi, des coutumes, mais non officiellement rédigées, et ne faisant en quelque sorte que compléter, aider le droit romain dans son application aux faits de la pratique. Dans les régions du nord, au contraire, les coutumes dominaient : d'abord simples usages portant davantage l'empreinte de l'origine barbare ; plus tard, véritables lois locales, présentant une extrême diversité, et qui finirent par recevoir la consécration de la rédaction officielle. On n'y recourait au droit romain qu'à titre supplétif.

Que ces deux législations eussent de nombreux points de contact, c'est ce qui ne fait pas doute. Mais leurs différences étaient trop tranchées pour que nous n'examinions pas séparément dans chacune d'elles ce qui concerne les donations entre époux. C'est une division qui s'impose.

CHAPITRE I

PAYS DE DROIT ÉCRIT

Ici, tout naturellement, nous retrouvons en matière de donations entre époux, une situation analogue à celle que nous avons observée aux dernières époques de la législation romaine. La prohibition des donations entre époux avait subsisté, avec l'adoucissement apporté à la rigueur du principe par le S. C. d'Antonin Caracalla. C'est-à-dire en définitive que ces donations, inefficaces *ab initio* et soumises aux changements d'intention de l'époux donateur, pouvaient être tacitement confirmées par cela seul que cet époux mourait dans la même volonté, le mariage durant encore.

Cette assimilation aux donations à cause de mort fut même cause qu'on se demanda si les donations entre époux n'étaient pas rendues radicalement impossibles par l'ordonnance de 1731. « Toutes donations à cause de mort, « disait l'art. 3 de cette ordonnance, à l'exception de « celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront « dorénavant avoir aucun effet, dans les pays même où « elles seront expressément autorisées par les lois ou les « coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la

« même forme que les testaments ou les codicilles ; en
« sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos États que deux
« formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont
« l'une sera celle des donations entre vifs et l'autre celle
« des testaments et des codicilles. » Les donations entre
époux n'étaient ni des donations entre vifs, étant tou-
jours révocables au gré du donateur, ni des libéralités
testamentaires. Quelques-uns en conclurent que la loi ne
les tolérât plus (1). Mais c'est l'opinion contraire qui pré-
valut, et à bon droit. Les donations entre époux n'étaient
pas de vraies donations à cause de mort, si elles s'en rap-
prochaient dans leurs effets ; et d'ailleurs l'art. 3 de l'or-
donnance de 1731 n'avait trait qu'à une question de
forme.

Les pays de droit écrit appliquaient aussi la Nov. 53,
ch. VI de Justinien, que nous avons signalée déjà, rela-
tive à la quarte du conjoint pauvre. Et cela, indifférem-
ment pour les deux époux, c'est-à-dire que l'on n'avait
pas adopté la Nov. 117, ch. V, du même prince, par la-
quelle le bénéfice de la première disposition avait cessé
d'appartenir au mari survivant.

Une institution nouvelle que nous rencontrons est
celle de l'*augment de dot*. C'est une valeur que la femme
survivante peut prendre, en surplus de sa dot, comme le
nom l'indique, et dans la succession de son mari. Cette
valeur, à défaut de fixation par le contrat de mariage,
était établie par l'usage. Elle s'élevait ordinairement au

1. V. Pothier. Traité des donations entre mari et femme. N° 6.

tiers de la dot, si cette dot était immobilière ; à la moitié, si elle était mobilière. S'il ne restait pas d'enfants du mariage, la veuve prenait l'augment en pleine propriété ; dans le cas contraire, en usufruit. Cependant, si elle ne se remariait pas, elle avait, en pleine propriété, une part virile, calculée suivant le nombre des enfants.

A côté de l'augment de dot, un profit analogue, le *contre-augment*, existait pour le mari survivant. C'était le droit, pour lui, de retenir une part de la dot de son épouse. Comme l'augment, ce profit ne consistait qu'en usufruit, quand il restait des enfants communs. Il était, de même, ou conventionnel ou coutumier. Enfin, les règles étaient à peu près identiques pour les deux institutions (1).

Relativement aux secondes noccs, les pays de droit écrit suivirent la législation de Justinien telle qu'elle a été précédemment exposée.

L'époux devenu veuf qui se remariait ayant des enfants du premier lit, perdait la propriété de tous les gains nuptiaux du premier mariage, par conséquent aussi de l'augment ou du contre-augment ; cette propriété passait, à l'instant même, aux enfants, et le père (ou la mère) remarié n'en avait plus que l'usufruit. Il est à remarquer que les enfants appelés à cette nue-propriété par le bénéfice de la loi, y avaient droit, soit qu'ils acceptassent la succession de leur auteur prédécédé, soit

1. V. Argou, Institution au droit français (1787), liv. III, ch. X, p. 118 et suiv.

qu'ils y renonçassent. C'était donc à titre d'enfants et non d'héritiers qu'ils recueillaient ces biens. Le père ou la mère survivant ne pouvait d'ailleurs faire des portions inégales entre lesdits enfants nu-propriétaires (1).

Enfin, conformément à la constitution *hac edictali*, ils ne pouvaient donner, au second mari ou à la seconde femme, sur leurs propres biens, une valeur supérieure à une part d'enfant le moins prenant. Ce qu'il faut entendre réellement de la part à laquelle l'enfant le moins favorisé avait droit et non pas (sauf exception pour le parlement de Bordeaux) de la part, inférieure à la légitime, à laquelle tel ou tel enfant eût été réduit, en fait, et de laquelle il se fût contenté (2).

1. Argou, *Op. cit.*, liv. III, ch. X, p. 121.

2. Argou, *Op. cit.*, liv. III, ch. XVIII, p. 195.

CHAPITRE II

PAYS DE DROIT COUTUMIER

§ 1. — *Origines.*

Il n'entre pas dans le cadre étroit de cet aperçu de rechercher quel fut chez les peuples barbares d'origine germanique, le régime des libéralités, soit entre futurs époux, soit entre époux. Dans cet ordre d'idées, nous ne ferons guère que nommer deux institutions dont la fusion a plus tard donné naissance à notre douaire coutumier : la *dot* et la *morgengabe*. Primitivement et pendant longtemps, chez les peuples dont nous parlons, le mariage paraît s'être conclu sous forme de vente. Était-ce la femme elle-même, était-ce le *mundium* qui était vendu au mari ? En tous cas, ce dernier avait à payer un prix aux parents de la femme. De bonne heure ce prix, dans les lois franques, au moins, devint purement symbolique. Par la suite, il y eut des biens remis, avant le mariage, par le mari à la femme, en vue d'assurer sa situation si elle survivait : biens essentiellement mobiliers d'abord ; ce fut la *dot*. Quant au *morgengabe*, c'était une libéralité que le mari faisait habituellement à la femme au lendemain des noces. Ces deux dons comportaient une *datio* immédiate à la femme. Les objets donnés restaient bien aux mains du mari, à cause du *mundium*, mais la femme en avait la propriété. Ces coutumes passèrent en Gaule

avec les invasions et y restèrent. A partir du IX^e siècle, à la place des deux dons précités, on n'en voit plus guère qu'un : le *dotalitium* ou *doarium*, le douaire. Avec le temps même, de conventionnel, le douaire devint légal.

Primitivement aussi, la femme pouvait assurer un droit à son mari sur les biens qu'elle apportait en se mariant. Pour ce qui est des donations entre époux pendant le mariage, il ne semble pas non plus qu'elles aient rencontré de prohibition sous l'empire des lois barbares. M. Pardessus (1) constate qu'elles étaient autorisées comme irrévocables par la Loi des Ripuaires (titre 48) ; et d'ailleurs de nombreuses formules qui nous ont été conservées attestent combien ces dons étaient pratiqués. Le même auteur conclut que la réciprocité n'y était pas une condition nécessaire, et que les droits du donataire survivant, sans aller jusqu'à la pleine propriété, pouvaient dépasser ceux d'un usufruitier, au sens romain du mot.

Plus tard, la liberté des donations entre époux se maintint-elle ? Les monuments de notre ancien droit coutumier peuvent laisser place à quelques doutes sur ce point. Les Établissements de Saint-Louis (*De don entre fame et home*, I, ch. 112), au moins dans le cas où c'est la femme qui avantage le mari, ne permettent qu'une libéralité par acte de dernière volonté. Encore faut-il qu'elle ne dépasse pas le tiers des biens, et que les époux ne laissent pas d'enfants mâles. On trouve bien dans Pierre Desfontaines une décision très large en la forme, mais dont on peut induire seulement la liberté des libéralités testamentaires. Il dit, en effet : « Ce que l'en puet leissier à es-

1. Textes de la loi Salique, 1843, p. 678 et 679.

trange persone, puet en lessier à un de ses enfanz et à sa feme meismes (1) ». De son côté, Beaumanoir constate que : « la coustume estoit tele que li hons puet donner à sa feme et la feme à son baron muebles et conquests et le quint de l'hiretage » (2). On a conclu de ce passage que Beaumanoir admettait les donations entre-vifs entre époux ; mais c'est à propos d'une disposition testamentaire qu'il parle ainsi.

Quoi qu'il en soit, à partir du XIII^e siècle, on marcha dans le sens d'une prohibition complète et on peut lire dans les décisions de Jean Desmares, qui est du XIV^e siècle, que les époux « ne peuvent rien donner l'un à l'autre en leur testament par voie directe ou oblique, combien qu'ils puissent faire entre-vifs don mutuel de leurs meubles ou conquets et non autrement » (3).

Enfin, au XV^e siècle, Bouteillier dit formellement : « Tu peux et dois sçavoir que combien qu'expressément soit défendu que le mary durant le mariage ne puisse rien donner à sa femme, ne la femme au mary » (4).

Il semble, en somme, qu'on voulût mettre obstacle à toute libéralité entre époux, soit entre-vifs, soit même testamentaire, et cela pour empêcher, sans doute, les biens de passer d'une famille à une autre. Tel fut, en effet, le principe coutumier, principe mitigé seulement par

1. *Conseil à un ami*, ch. 33, XIV. Ci parole de testaments et de lois.

2. Coutume de Beauvoisis, ch. 12 des testaments, §§ 4 et 10.

3. Décisions de Jean Desmares, n° 235 (à la suite du commentaire de Brodeau sur la coutume de Paris).

4. *Somme rurale* (1521), t. 45 p. 328.

le don mutuel, lequel ne pouvait même comprendre que les meubles et les conquêts.

§ 2. — *Droit des coutumes*

Prenons les coutumes arrivées à leur entier développement, c'est-à-dire aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Pothier (1) les divise en quatre classes, au point de vue des règles qu'elles renferment sur les donations entre époux.

La première classe comprend les coutumes qui défendaient toute espèce de libéralités entre époux, à l'exception du don mutuel. Ce sont les coutumes de Paris, d'Orléans, et la plupart des autres d'ailleurs. La coutume de Paris qui formait une sorte de droit commun à raison de l'importance de son ressort, va être examinée plus en détail ci-après.

Dans la seconde classe, Pothier range les coutumes qui, outre le don mutuel, permettaient aux époux les libéralités testamentaires, soit expressément, soit par le silence même qu'elles avaient gardé sur ce mode de disposer du droit commun. Les coutumes de Mantes, Amiens, Chartres, etc., en faisaient partie, mais avec des nuances entre elles, quant aux conditions auxquelles elles autorisaient ces dispositions

La troisième classe (Poitou, Touraine, entre autres) est celle des coutumes qui, à l'exemple du droit Ro-

1. Traité des Donations entre mari et femme, n^{os} 7 et s.

main, admettaient des donations entre-vifs confirmées seulement par le prédécès du donateur, et transformées ainsi en donations à cause de mort.

Enfin, la quatrième classe comprend les coutumes qui autorisaient entre époux de vraies donations entre-vifs, irrévocables, sauf quelques restrictions en ce qui concerne la nature et la quotité des biens donnés, pour le cas d'existence d'enfants. Les coutumes d'Angoumois, de Noyon, etc., appartiennent à cette classe.

On cite comme toute spéciale la coutume d'Auvergne, qui, permettant au mari de faire des donations à sa femme, défendait à la femme d'en faire à son mari.

On se demandait si ces dispositions si diverses constituaient des *statuts réels* ou des *statuts personnels* ; si elles réglaient une question de *disponibilité* ou de *capacité*. Ce qui, pratiquement, se traduit par cette alternative : pour apprécier la validité d'une donation entre époux, s'attachera-t-on à la situation des biens, ou au domicile des époux ?.... Ricard (1) tenait pour le statut personnel ; Pothier pour la réalité, en se fondant sans doute sur ce que le motif dominant de la prohibition avait été d'empêcher que les biens ne sortent des familles (2). Dans tous les cas, quant aux meubles, à défaut d'assiette fixe, il fallait admettre que la règle de disponibilité suivait les variations de domicile de leurs propriétaires.

1. Don mutuel, n° 328.

2. Traité des donations entre mari et femme. Art. 2, n° 18 et suiv.

« On appelle statuts réels ceux qui ont pour objet les biens. »

§ 3. — *Coutume de Paris.*

L'art. 282 de la Coutume de Paris s'exprimait ainsi :
« Homme et femme conjoints par mariage, constant ice-
« lui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation
« entre-vifs, par testament ou ordonnance de dernière
« volonté ne autrement, directement, ne indirectement,
« sinon par don mutuel, comme il est dit aux articles 280
« et 281. »

C'est donc une prohibition absolue qui était édictée par cet article ; la lettre était faite par les personnes unies en légitime mariage ; mais l'esprit atteignait également les concubins, d'autant plus que la captation est davantage à redouter dans cette situation. Du reste, une ordonnance de Louis XIII, rendue en 1629, transforma en prescription légale la maxime déjà admise : « Don de concubin à concubine ne vaut. »

A quelles libéralités la prohibition s'adressait-elle ?

I. D'abord aux libéralités *directes* : donations de propriété, ou d'usufruit ; legs, etc. Mais on admettait le paiement anticipé d'une dette à terme, le prêt à usage, la remise d'hypothèque, les présents d'usage.

Quant à la sanction, supposons une donation d'immeuble suivie de tradition. La propriété n'était pas transférée ; le donateur et ses héritiers avaient par suite la revendication, et, de plus, une action personnelle, pour se faire rendre ou l'immeuble donné, ou sa valeur. L'action

en revendication pouvait d'ailleurs être exercée contre tout possesseur, comme contre le donataire lui-même ou ses héritiers, avec cette différence que ces derniers ne pouvaient jamais prescrire (1).

Les mêmes actions s'ouvraient en cas de donation de meubles. Pour une donation de somme d'argent, le donateur avait une action personnelle, sans rechercher comme en droit romain, la mesure du profit qu'avait pu en tirer le donataire (2).

S'agissait-il d'une créance cédée à titre de libéralité ? Le tiers cédé payait valablement à l'époux donataire, sauf recours par le donateur contre ce dernier.

Une remise de dette laissait subsister l'obligation. Une promesse ne liait point, et l'époux donateur, qui eût payé, aurait eu la répétition de l'indû ; mais il n'en était pas de même de ses héritiers, qui, en payant, eussent été considérés comme acquittant une obligation naturelle. La solution eût été pareille pour un legs volontairement exécuté.

II. La prohibition frappait aussi bien les libéralités *indirectes*, et, par exemple, la renonciation à une hérédité faite par un époux dans le but d'avantager l'autre. Hypothèse avec laquelle, dans l'opinion de Pothier, il ne faut pas confondre celle où un époux renonce à un legs dont son conjoint était tenu en qualité d'héritier, uniquement dans la pensée de laisser les biens du testateur là où ils

1. Pothier, *op. cit.* n° 55.

2. Pothier, *op. cit.* n° 70.

devaient rester, suivant l'ordre naturel des choses (1). En tous cas, on ne distinguait pas, comme en droit romain, les actes par lesquels on s'appauvrit de ceux par lesquels on manque de s'enrichir.

Il peut y avoir des libéralités indirectes d'un autre genre : celles qui prennent la forme d'un contrat à titre onéreux. Mais radicalement, le droit des coutumes interdisait tous contrats entre époux à moins qu'ils n'eussent une cause légitime : « *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt conjuges nisi ex necessitate* » disait Dumoulin (2).

Malgré ces rigueurs, le champ restait ouvert aux avantages entre époux, grâce à certaines dissimulations possibles : par exemple, en exagérant ou en diminuant à dessein l'importance des biens échus à l'un ou à l'autre des époux pendant le mariage, et dont la communauté lui devait compte à sa dissolution ; ou encore, en supprimant les preuves soit des reprises soit des récompenses.

Ajoutons que le déguisement des donations par interposition de personnes pouvait toujours être démontré par les parties intéressées, et par tous les moyens de preuves. Les coutumes de Bourbonnais et d'Auvergne avaient même établi des présomptions d'interposition contre tous parents dont l'époux supposé donataire était héritier présomptif. Dans la plupart des coutumes, les enfants qu'un des conjoints avait eus d'un premier ma-

1. Pothier, *op. cit.* n° 88.

2. Observations sur la Coutume de Paris, art. 156, § 5.

riage étaient compris dans la prohibition comme interposés. La coutume de Paris, par exception, n'acceptait cette règle que si le donateur avait lui-même des enfants, soit communs, soit aussi d'un premier lit (art. 283). Enfin, en général, on s'accordait pour considérer comme personnes interposées les père et mère des époux (1).

§ 4. — *Du don mutuel entre époux.*

La prohibition si rigoureuse édictée contre les donations entre époux trouvait son correctif dans l'institution du *don mutuel*, admise, avec des différences de détails, par la presque universalité des coutumes, et qu'autorise en ces termes l'art. 280 de la coutume de Paris : « Homme
« et femme conjoints par mariage étant en santé peuvent
« et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre également de tous leurs meubles et conquêts faits durant
« et constant leur mariage, et qui sont trouvés à eux
« appartenir et être communs entre eux à l'heure du
« trépas du premier mourant desdits conjoints, pour en
« jouir par le survivant, sa vie durant, en baillant caution suffisante de restituer les biens après son trépas ;
« pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints ou
« de l'un d'eux, lors du décès du premier mourant.

Ce qui frappe au premier abord dans cet article, ce sont les conditions d'égalité et de réciprocité ; tellement qu'on a pu se demander si ce n'était pas plutôt d'un contrat

1. Pothier, *op. cit.* n° 110.

aléatoire que d'une donation qu'il s'agissait. Pothier (1), se basant avant tout sur l'intention présumée des parties, y voyait une donation ; l'ordonnance de 1731, en soumettant le don mutuel à l'insinuation, ne permit plus le doute sur ce point.

Quoiqu'il en soit, deux caractères essentiels appartenaient au don mutuel : l'irrévocabilité et l'égalité.

I^o *L'irrévocabilité.* — C'est qu'en effet, ici, à raison même de la mutualité, la captation n'était pas à craindre. Toutefois les époux, d'un commun accord, auraient pu révoquer un don mutuel, à moins qu'il n'eût été inséré dans leur contrat de mariage. Ainsi l'irrévocabilité devait s'entendre en ce sens que l'un des époux ne pouvait révoquer le don mutuel sans le consentement de l'autre, et en ce qu'il n'en pouvait non plus restreindre l'effet par des dispositions testamentaires. A l'égard des dispositions entre vifs, elles restaient possibles, mais pourvu qu'elles ne parussent pas « faites en fraude du don mutuel » dit Pothier (2), qui cite, comme exemple, des donations considérables faites par l'un des époux à ses proches.

II^o *L'égalité.* — D'abord l'égalité dans les biens donnés. Il fallait qu'au moment du contrat les époux eussent autant à se donner l'un que l'autre. La sanction de cette exigence était une nullité absolue, dans presque toutes les coutumes. On peut citer, comme exception, la cou-

1. Pothier, *op. cit.*, n^o 130.

2. Pothier, *op. cit.*, n^o 140.

tume de la Marche, qui, en cas d'inégalité se contentait de réduire le don mutuel jusqu'à concurrence de la quotité la plus faible. Quant au principe général, il avait cette conséquence : c'est que si un époux avait par contrat de mariage, donné à son conjoint tous ses meubles et conquêts, aucun don mutuel n'était plus possible, l'époux en question n'ayant plus rien à donner (1).

Il fallait encore l'égalité dans les chances de survie. La coutume de Paris, on l'a vu, exigeait que les époux fussent en santé. Que décider par suite du don mutuel, fait en état de maladie, au cas où le donateur revenait plus tard à la santé ? Pothier (2) pense qu'il était nul *ab initio* et restait nul. A côté de la question de santé, se trouve la question d'âge. Quelques coutumes voulaient que la différence d'âge entre les époux ne fût pas de plus de dix ou quinze ans. La coutume de Paris ne disait rien à cet égard.

Cela posé, quelles étaient les conditions du don mutuel ?

A. — Il fallait qu'il intervînt entre conjoints unis par un mariage légitime : mariage valable ou au moins putatif, la bonne foi, en ce dernier cas, faisant produire au contrat tous les effets civils d'un véritable mariage (3).

B. — Les époux devaient être communs en biens. Le droit au don mutuel leur était en effet accordé par la

1. Pothier, *op. cit.*, n° 141.

2. Pothier, *op. cit.*, n° 151.

3. Pothier, *op. cit.*, n° 146.

coutume « comme récompense de leur mutuelle collaboration pendant tout le temps qu'a duré le mariage (1). » Par conséquent, le don mutuel devenait impossible en cas de séparation de biens prononcée au cours du mariage.

Supposons, dans le contrat de mariage, une clause de forfait de communauté, soit au profit de l'un seulement des époux, soit réciproque ? Y avait-il obstacle au don mutuel ? Oui, dit Pothier. Dans la première espèce, la raison d'inégalité s'y oppose. Dans l'une comme dans l'autre, on trouve ce motif décisif, que la somme constituant le forfait n'est pas un bien *commun* entre les époux, et que seuls les meubles et conquêts communs peuvent faire l'objet du don mutuel (2). Mais, pour le premier cas au moins, où l'on objecte l'inégalité possible entre le montant du forfait pour l'un des époux et les bénéfices que l'autre retirerait de la communauté, ne peut-on pas répondre qu'en consentant le don mutuel à concurrence seulement de la plus faible des deux valeurs, le principe d'égalité n'aurait pas été violé ?

D'autres questions s'élevaient, par exemple, dans le cas de renonciation à la communauté par la femme survivante ou par ses héritiers (en supposant, bien entendu, que la femme a stipulé la reprise de ses apports, ce qui explique qu'elle peut avoir intérêt à renoncer, même en présence d'une communauté solvable et lui offrant en-

1. Pothier, *op. cit.*, n° 147.

2. Pothier, *op. cit.*, nos 148, 149.

core un don mutuel avantageux). Si c'est la femme qui renonce elle-même, aura-t-elle droit à l'usufruit de tous les biens abandonnés aux héritiers du mari, ou seulement de la moitié de ces biens ? Ricard était pour la seconde opinion, se fondant sur ce que le mari n'avait pas pu donner à la femme plus que ce que celle-ci ne pouvait elle-même lui donner (1). Pothier répondait qu'ainsi le mari ne donne pas plus, en effet, moins peut-être : car, si la femme a renoncé, c'est évidemment que son apport est plus considérable ou, au moins, aussi considérable que la part qu'elle aurait eue dans la communauté en l'acceptant (2).

Et si ce sont les héritiers de la femme prédécédée qui renoncent, le mari survivant aura-t-il l'usufruit de la totalité des apports de la femme ? Oui, et pour une raison analogue. Lesdits apports devaient être considérés comme la part de la femme dans la communauté.

C. — Il fallait que les époux n'eussent pas d'enfants au décès du premier mourant d'entre eux. Non seulement le prémourant, mais le survivant aussi ne devait pas en avoir, à cause du principe d'égalité qui domine la matière du don mutuel. Il ne fallait pas que la donation pût être valable pour l'un, si elle ne l'était pas pour l'autre. Le texte de la Coutume de Paris est d'ailleurs absolument formel.

On ne comptait pas les enfants frappés de mort civile,

1. Ricard, *Don mutuel*, n^{os} 175-176.

2. Pothier, *Op. cit.*, n^o 166.

les bâtards, ni les enfants justement exhérédés (par les deux époux, toujours à cause du principe d'égalité) (1). Un posthume mettait obstacle au don mutuel pourvu qu'il naquit viable (2). De même d'un enfant renonçant (3) : car rien ne prouvait qu'il eût également renoncé à la succession de l'autre époux si c'était celui-ci qui fût mort le premier. L'idée d'égalité intervenait donc encore.

Eût-on pu convenir que, si les enfants existant au décès du prémourant des époux venaient eux-mêmes à mourir par la suite sans postérité avant le survivant, le don mutuel s'ouvrait pour ce dernier ? Ricard est pour la négative (4), s'appuyant sur ce que la convention des particuliers ne peut élargir les limites formellement tracées par la coutume, dans une matière de rigueur et de droit public ; et aussi sur ce que décider autrement, ce serait enlever aux enfants la faculté de disposer d'un bien à eux acquis par la mort de leur père ou de leur mère, et de transmettre ce même bien à leurs héritiers.

Sur la question de forme : le don mutuel devait se faire devant notaire, et par un seul et même acte. Ricard admet cependant deux actes séparés ayant rapport ensemble et faits « en contemplation l'un de l'autre » (5).

1. Pothier, *Op. cit.*, n° 191.

2. Pothier, *Op. cit.*, n° 184.

3. Pothier, *Op. cit.*, n° 192.

4. Don mutuel, n° 114.

5. Don mutuel, nos 135-136.

Il n'y avait lieu ni à acceptation expresse, ni à tradition, mais l'insinuation était nécessaire. Ricard en donne pour motif qu'on voulait éviter une fraude du mari qui eût consisté à faire passer le contrat par un notaire inconnu de sa femme, de façon à ce que cette dernière, survivante, n'en pût retrouver la trace (1). La formalité dont il s'agit, aux termes de l'art. 284 de la Coutume de Paris, devait être remplie dans les quatre mois du jour du contrat : « Après laquelle insinuation ledit don mutuel n'est révocable, sinon du consentement des deux conjoints. » Cette dernière phrase avait donné naissance à un doute : le don mutuel était-il donc révocable au gré de la femme seule, tant que le mari était en demeure de satisfaire à l'insinuation ? Pour le mari, chargé lui-même de la formalité, la question ne pouvait s'élever. Mais l'argument *a contrario* qu'on pouvait tirer de l'art. 284 tombe devant ce principe supérieur qu'un donateur n'est pas recevable à opposer lui-même contre sa donation le défaut d'insinuation. La coutume n'avait sans doute pas voulu trancher la question de révocabilité avant l'insinuation. Plus tard, du reste, l'ordonnance de 1731, art. 17, en décidant que le donateur ne peut opposer le défaut d'insinuation, ni fit aucune exception pour les donations mutuelles entre époux (2).

Enfin, quant aux effets du don mutuel, l'art. 284 de la Coutume de Paris portait : « Un don mutuel de soi ne

1. Don mutuel, n° 71.

2. Pothier, *Op. cit.*, n° 173.

« saisit, ains est sujet à délivrance » ; et l'art. 285 : « Le donataire mutuel ne gagne les fruits que du jour qu'il a présenté caution suffisante, et demeurent les fruits à l'héritier jusques à ladite caution présentée. » Les époux ne pouvaient se dispenser de cette caution, si ce n'est lorsque le don mutuel était fait par contrat de mariage ; car alors ils auraient pu se donner même en propriété.

Le don mutuel s'ouvrait tant par la mort civile que par la mort naturelle de l'un des époux (1).

Le don mutuel portant sur une universalité, l'époux qui en bénéficiait devait contribuer aux dettes, mais quant aux intérêts seulement, puisque son émolument ne consistait qu'en usufruit. Il en avançait donc le capital, mais pour le retenir à la fin de l'usufruit sur les biens sujets à restitution (art. 286 de la Coutume). D'autre part, l'époux donataire avançait les frais des funérailles, bien que ce ne soit pas une dette commune, Il supportait, seul, enfin, les charges d'un usufruit ordinaire, réparations, charges annuelles, etc. (art. 282 de la Coutume).

Le don mutuel prenait fin par les causes habituelles d'extinction de l'usufruit, mais non en général, par le convol du donataire à un second mariage, à moins de stipulation expresse dans ce sens (2).

1. Pothier, *op. cit.* n° 181.

2. *Op. cit.*, n° 253.

Don mutuel dans le contrat de mariage des enfants.

Nous ne laisserons pas cette matière sans dire quelques mots d'un contrat spécial permis par la coutume de Paris, pour obvier à l'inconvénient très-grave qui résultait de ce qu'en principe la validité du don mutuel était subordonnée à la non-existence d'enfants lors du décès du pré-mourant des époux.

L'art. 281 portait : « Père et mère mariant leurs enfants, « peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir « le survivant desdits père et mère des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant, pourvu « qu'il ne se remarie ; et n'est réputé tel accord avantage entre lesdits conjoints. »

Les conditions de ce genre de don mutuel avaient été combinées de façon à encourager les père et mère à marier leurs enfants, et en conséquence, à les doter (1). La constitution d'une dot à l'enfant en était donc un élément essentiel, bien que la coutume ne le dit pas en termes exprès. Et il ne pouvait se faire que dans le contrat de mariage même de l'enfant. Ce dernier, comme contrepartie de la dot qu'il recevait, s'obligeait à laisser le survivant de ses père et mère jouir des biens de la communauté, et par suite à n'en pas provoquer le partage.

Ce don mutuel supposait, on le voit, un ou plusieurs enfants communs, à la différence du don mutuel ordi-

1. *Op. cit.*, n° 267.

naire Autre différence : le second mariage du survivant des père et mère le rendait caduc, mais pour l'avenir seulement (1).

L'article 281 s'appliquait-il aux aïeuls et aïeules mariant leurs petits-enfants ? Pothier répond affirmativement, contrairement à l'avis de Lemaître et de Laurière, pour le cas d'abord où il s'agit du petit-enfant né d'un enfant prédécédé, et même encore pour celui où, le fils étant vivant, l'aïeul et l'aïeule dotent leur petit-fils, à la condition bien entendu que le fils intervienne au contrat et consente (2). « C'est un principe de droit que ce qui « est donné au fils est censé donné au père. *Donatum « filio, videtur donatum patri.* » Dans l'espèce, c'est d'autant plus vrai que la dot constituée au petit-fils tourne à la décharge du fils ; lequel a, par conséquent, un motif légitime pour s'engager à ne pas provoquer le survivant de ses père et mère au partage des biens communs.

§ 5. — *Édit des secondes noces.*

Il nous reste à parler du célèbre Édit des secondes noces, rendu en juillet 1560 par François II, sous l'inspiration du chancelier de l'Hôpital. Nous venons de voir les donations entre époux pendant le mariage prohibées en principe ; mais, avant le mariage, et dans le contrat de mariage, toute liberté était laissée aux futurs époux de

1. *Op. cit.*, n° 278.

2. Pothier, *op. cit.*, nos 273, 275.

s'avantager aussi largement qu'il leur convenait. Or, il est une situation où cette liberté peut compromettre des intérêts sacrés : c'est quand il existe des enfants d'une précédente union. La pensée de mettre le patrimoine de ces enfants à l'abri de dispositions, fruits d'un entraînement irréfléchi ou de dangereux artifices, avait suggéré aux Empereurs du Bas-Empire des décisions que les provinces du Midi continuaient à observer. L'édit de 4560 ne fit guère que les étendre à toute la France.

Il se divise en deux chefs, dont le premier reproduisait la constitution *hac edictali* ; le second les constitutions *feminae quæ et generaliter*.

I

Le premier chef est ainsi conçu :

« Ordonnons que femmes veuves, ayant enfants, ou
« enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvel-
« les noces, ne peuvent et ne pourront, en quelque façon
« que ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts,
« ou acquis par elles d'ailleurs que de leur premier mari,
« ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, père,
« mère, ou enfants desdits maris, ou autres personnes
« qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interpo-
« sées, plus qu'à l'un de leurs enfants, ou enfants de
« leurs enfants, et s'il se trouve division inégale de leurs
« biens faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs en-
« fants, les donations par elles faites à leurs nouveaux

« maris, seront réduites et mesurées à la raison de celui
« des enfants qui en aura le moins. »

Expressément, ce premier chef ne s'appliquait qu'aux veuves ; mais la jurisprudence des Parlements ne tarda pas à l'étendre aux veufs qui se remariaient ; extension toute naturelle, si l'on songe au précédent historique rappelé avec approbation dans le préambule de l'Edit ; et d'ailleurs en présence du second chef, qui, lui, statuait pour les hommes comme pour les femmes.

Par surcroît de prudence, certaines personnes avaient été présumées interposées, et, par suite, frappées de l'incapacité relative de recevoir de l'époux remarié ; à savoir le père, la mère et les enfants du nouvel époux. Le tout, sans préjudice de l'interposition de fait, nécessitant l'administration de la preuve, suivant les circonstances. Mais enfin, telle était la présomption légale, à laquelle il ne semble pas qu'il faille, avec Pothier (1), ajouter encore, en y admettant les ascendants en général. Une présomption de cette nature est d'interprétation très étroite ; à moins qu'on ne puisse invoquer l'argument *à fortiori* : ce qui n'est pas le cas.

A l'égard des enfants, présumés interposés, il s'agit des enfants que le nouveau conjoint aurait eus d'un précédent mariage. Les enfants communs ont par eux-mêmes, dit Pothier, une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mère, donatrice (2). Plusieurs arrêts ap-

1. Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 539.

2. Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 540.

pliquèrent cette idée, même quand il s'agissait de donation faite aux enfants *à naître* du second mariage et insérée dans le contrat de mariage qui le précédait. Néanmoins la question faisait doute.

Il va de soi que l'Edit n'avait plus d'application aux personnes dont nous parlons, soit après la dissolution du nouveau mariage, soit après le décès sans postérité des enfants de la première union, puisque ce sont ces enfants qu'on voulait protéger.

L'édit atteignait toutes les donations directes, même les donations rémunératoires (pour la portion au moins qui dépasse la valeur pécuniaire des services rendus) ; même les donations mutuelles et égales, encore que la réciprocité et l'égalité pussent leur prêter l'apparence de contrats aléatoires et intéressés de part et d'autre. La jurisprudence était constante sur ce point ; et en effet, si le texte était très général dans la lettre, l'esprit non plus n'en était pas douteux. Malgré la mutualité de la donation, les enfants du premier lit ne couraient pas moins le risque d'être dépouillés si leur mère, donatrice, précédait. C'est ce que l'édit voulait prévenir (1).

Et non-seulement les donations étaient frappées, mais encore tous avantages quelconques, ceux par exemple résultant des conventions matrimoniales ; l'avantage provenant de l'inégalité des apports mobiliers en communauté, le préciput conventionnel, mais non le douaire,

1. Pothier, Traité du contrat de mariage, n° 546.

même conventionnel, s'il ne dépassait pas le douaire coutumier (1).

La sanction du premier chef de l'Edit était la réduction de la libéralité à une part d'enfant le moins prenant. On comptait aussi bien les enfants communs que ceux du premier lit ; et le nouvel époux, regardé comme un enfant de plus, prenait une part. Cela, en supposant tous les enfants au premier degré. Sinon, le partage se faisait par souche et le nouvel époux prenait une part de souche. Dans le cas particulier où il n'y aurait eu que des petits-enfants, issus d'un fils unique prédécédé, Pothier et Lebrun pensaient que le nouvel époux n'avait droit qu'à une part de petit-enfant. Ricard voit des difficultés à cette solution (2). Un arrêt du Parlement de Toulouse du 16 mai 1619 y est contraire, et en effet quelle raison y a-t-il pour que la mort de l'unique enfant tourne au détriment du nouvel époux ?

D'ailleurs, les enfants exhérédés n'étaient pas comptés, mais seulement les enfants qui avaient droit de venir à la succession du donateur, soit qu'ils acceptassent ou non (3). Enfin l'Edit parlait de l'enfant qui *aurait* le moins. Ce moins, dans tous les cas, ne pouvait être inférieur à la légitime.

Quels enfants pouvaient demander la réduction ? La jurisprudence des pays de coutumes, suivant en cela la

1. Ricard. Donations, partie III, n° 1220.

2. Pothier. Contrat de mar. n° 565. Ricard. Donations, partie III, n° 1272. Lebrun, Successions, liv. 2, ch. 6. section 1. dist. V. n° 22.

3. Pothier *op. cit.* n° 560 à 562.

constitution *Quoniam*, accordait ce droit aussi bien aux enfants du second lit qu'à ceux du premier, pourvu qu'il existât des descendants de la première union (1). Tandis que, dans les pays de droit écrit, on ne le donnait qu'aux enfants du premier lit, conformément à la nov. 22, ch. 27.

Pothier, Ricard et Lebrun (2) enseignent qu'il n'était pas besoin d'être héritier pour exercer l'action en réduction. Pour eux, il y a dans le droit à la réduction, non un droit successoral, mais un avantage spécial résultant de l'édit. D'ailleurs, la mère, par la donation qu'elle a faite à son nouveau mari, a, dit Pothier, « mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation. » Et cependant, ce qui semblera peut-être assez peu logique, l'enfant exhérédé, la fille dotée qui a renoncé par son contrat de mariage à la succession de son auteur, se voyaient refuser cette même action par Ricard et Pothier, l'un à cause de son indignité, l'autre parce que la donation au nouvel époux ne lui faisait pas préjudice.

L'action en réduction pouvait s'exercer aussi bien contre les tiers acquéreurs des immeubles donnés que contre le donataire lui-même, car ce dernier ne les a reçus qu'à charge de retranchement et n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en possédait (3). L'action en réduction était

1. Pothier, *op. cit.*, n° 567.

2. Pothier, *op. cit.* n° 568. Ricard, *op. cit.* n° 1301. Lebrun, *op. cit.* liv. 2, ch. 6, sect. 1, dist. III, n° 2.

3. Pothier. Contrat de mariage, n° 572 et s.

donc de celles qu'on nommait personnelles-réelles. Pratiquement, on recherchait la valeur qu'aurait eue le bien donné s'il fût resté dans le patrimoine de l'époux donateur, de façon à tenir compte à qui de droit des détériorations ou des améliorations provenant du fait du donataire ou de ses ayant-cause.

Si la donation avait consisté en meubles ou en argent, les enfants avaient l'action personnelle contre le donataire. Et Pothier n'hésite pas à dire (1), en supposant la femme donatrice, que leur créance est revêtue de l'hypothèque légale sur les biens du second mari.

Maintenant, l'époux donataire avait-il droit à une part d'enfant sur les biens retranchés ? Les auteurs étaient divisés sur ce point. Ricard (2) était pour la négative, se fondant principalement sur le texte de la loi, *hac edictali* et de la nov. 22 ch. 7 que l'Edit *louait et approuvait* formellement. Il est certain que ces lois n'appelaient que les enfants au bénéfice du retranchement ; la novelle dit même : *competit filiis et inter eos solos ex æquo dividitur*. Mais, en s'exprimant ainsi, c'était les enfants du second lit, non l'époux donataire, que les textes voulaient exclure, au profit des seuls enfants du premier lit. D'ailleurs, dans le sens de l'affirmative, Renusson (3) donnait une raison toute simple. C'est que si l'édit ne voulait pas que le nouvel époux eût davantage que l'enfant le moins

1. Pothier, Contrat de mariage, n° 589.

2. Ricard, Donations, partie III, nos 1319-1320.

3. Communauté, partie IV, ch. 3 n° 67.

prenant, il ne prétendait pas pour cela qu'il eût moins. Or il aurait eu moins en ne venant pas au partage des biens retranchés.

Que si des biens avaient été donnés en avancement d'hoirie à l'un ou plusieurs des enfants, le nouvel époux pouvait-il leur demander le rapport ? Pothier répond affirmativement (1), en supposant l'avancement d'hoirie postérieur à la donation faite à l'époux : par la raison qu'il s'agit d'une donation irrévocable à laquelle il ne doit pas être au pouvoir du donateur de porter atteinte après coup. Denisart (2) dit aussi, en présentant un second mari donataire, que, pour fixer sa part, il faut nécessairement demander aux enfants avantagés un rapport ; mais c'est un rapport *fictif* qu'il entend ; quant à un rapport réel et effectif, il ne pourrait être exigé que par un autre enfant héritier.

En fait, l'usage était fréquent qu'en se remariant on donnât à son nouveau conjoint « une part d'enfant » purement et simplement. C'était une vraie institution contractuelle, caduque par le prédécès de l'époux donataire. Quel en était le montant, si l'époux donateur mourait sans enfants ? C'était certainement une question d'intention à résoudre en fait. Pothier et Ricard disaient (3) que la donation serait de moitié « *Partis appellatio, non adjecta*

1. Pothier, *op. cit.* n° 603.

2. Denisart, v° Rapport, n° 71.

3. Pothier, Cont. de mar. n° 598. Ricard, Donations, partie III, n° 1281.

quota, dimidia intelligitur. » (L. 164 § 1 D. *De verb. signif.* 50. 16).

En supposant plusieurs convols successifs, est-ce à chacun de ses nouveaux époux que l'époux remarié ne pouvait donner qu'une part d'enfant, ou à tous réunis? Question déjà soulevée sous l'empire de l'Edit, et que nous retrouverons dans le droit actuel. Il faut répondre que toutes les donations réunies ne pouvaient excéder la part d'enfant. « L'Edit ne dit pas : ne peuvent donner à *chacun* de leurs nouveaux maris ; mais il dit : ne peuvent donner à *leurs nouveaux maris* (1). »

II.

Le second chef de l'Edit s'exprimait comme suit :

« Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, icelles n'en peuvent et ne pourront faire part à leur nouveau mari ; ains elles seront tenues les réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs maris, de la libéralité desquels iceux biens leur seront advenus ; le semblable voulons être gardé ès biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défunttes femmes ; tellement qu'ils n'en pourront faire don à leur seconde femme ; mais seront tenus les réserver aux enfants qu'il auront eus de leur première. »

1. Pothier, *op. cit.* n° 566.

Ce qui ressort de ce second chef, c'est d'abord la défense de donner au nouvel époux aucun des biens acquis du premier ; « par dons et libéralités » dit le texte : ce à quoi l'on assimilait tous les avantages résultant des précédentes conventions matrimoniales, le préciput, par exemple (eût-il été stipulé au profit de l'époux survivant, indistinctement) ; ou bien le bénéfice provenu d'apports inégaux, ou de successions mobilières inégales recueillies pendant le mariage. Le douaire conventionnel lui-même était atteint par cette partie de l'édit ; et non pas seulement à concurrence de ce dont il dépasserait le coutumier comme on aurait pu le décider par analogie avec ce qui était admis pour le premier chef de l'édit, mais bien pour le tout. Autrement dit, les biens qu'une femme tenait en propriété à titre de douaire de son premier mari, ne pouvaient être donnés au second mari pour aucune portion (1).

La sanction de cette prohibition de donner était la nullité évidemment ; les enfants du premier lit invoquaient cette nullité à la mort de leur auteur, l'époux donateur. D'autre part, la prohibition n'était pas dirigée contre le nouvel époux seul. Mais il y avait, dans le second chef de l'édit, une véritable substitution fidéicommissaire en faveur des enfants ou descendants du premier mariage sur les biens provenant de l'époux décédé. En cela, l'Edit différait des Constitutions

1. Pothier, *op. cit.* n° 606. Ricard, *op. cit.* n° 1343.

Romaines, lesquelles, du jour du second mariage, faisaient des enfants du premier lit les nu-propriétaires, et de l'époux remarié l'usufruitier desdits biens.

Soient des enfants d'un premier mariage, dont la mère, avatagée par son premier époux, s'est ensuite remariée. Les biens auxquels ils sont appelés en vertu de l'Edit, ils ne seront pas censés les tenir de leur mère, qui a dû les leur réserver : ils n'auront donc pas besoin d'accepter sa succession. Mais faudra-t-il au moins qu'ils soient héritiers de leur père ? Non, disaient Pothier et Ricard (1), fidèles à cette idée que dans la disposition de l'Edit, il y avait tout autre chose qu'une légitime spéciale et un droit de succession : à savoir un bénéfice concédé aux enfants en leur qualité d'enfants. Et cependant, au moins lesdits enfants devaient-ils être *habiles* à devenir héritiers. L'Edit n'était donc fait ni pour les enfants véritablement exhéredés, ni pour les filles dotées, et, à ce titre, renonçantes par contrat de mariage ou exclues par la Coutume.

Puisque les enfants du premier lit sont réputés tenir les biens qu'ils recueillent, du donateur originaire (leur père, par exemple) et non de leur mère, grevée de substitution à cet égard, ces biens, si ce sont des immeubles, seront pour eux des propres paternels ; dans tous les cas, ils ne s'imputeront pas sur la légitime qui leur est due dans la succession maternelle ; la mère ne peut avantager

1. Pothier, Cont. de mar., n° 624. Ricard, Donations, partie III, n° 1308, 1309.

l'un d'entre eux sur ces biens au détriment des autres ; enfin, les enfants du second mariage n'y peuvent rien prétendre, et n'ont même pas de droit exclusif par réciprocité sur les biens provenus à leur mère commune des avantages à elle faits par son second mari ; pourvu, bien entendu, qu'elle n'ait pas convolé à de troisièmes noces (1).

La substitution s'éteignait si les enfants du premier lit et leur postérité mouraient tous avant l'époux grevé. En était-il de même au cas où cet époux devenait veuf une seconde fois, les enfants vivant encore ? Non, pensait Pothier, contrairement à l'opinion de Duplessis et de Lemaître (2). L'Edit en faisant dépendre la substitution de ces deux conditions : convol, et mort de la femme avant les enfants du premier lit, ne laissait pas place au doute sur ce point.

III

EXTENSION DONNÉE AU SECOND CHEF DE L'ÉDIT PAR LES COUTUMES DE PARIS ET D'ORLÉANS.

Renchérissant encore sur les prohibitions de l'Edit de 1560, dans son second chef, les coutumes de Paris (art. 279) et d'Orléans (art. 203), défendirent à la femme, veuve avec enfants, et convolant à de nouvelles noces :

1. Pothier, *op. cit.* n^{os} 613 et suiv.

2. Pothier, *op. cit.* n^o 627.

1^o de donner à son second mari les conquêts provenant de la première union ; 2^o de disposer de ces mêmes biens en faveur d'étrangers, quand la disposition atteindrait la part des enfants du premier lit.

Les coutumes portaient de cette idée que ces biens, fruits des travaux et des soins du premier mari, devaient naturellement être conservés à ses propres enfants. Idée contestable : car, si l'actif de la communauté est le plus souvent, en effet, le résultat des efforts du mari, qui ne sait qu'une grande part en est fréquemment aussi la récompense de l'économie de la femme, collaboratrice plus modeste, mais non moins utile à la commune prospérité?

Quoiqu'il en soit, si l'on consulte le texte de la coutume d'Orléans, lequel, tout le monde le reconnaît, complète et corrige la formule moins nette de la coutume de Paris, aucun doute ne peut rester sur leur portée commune. « Et quant aux conquêts faits avec ses précédents « maris « la femme qui convole à d'autres noces » n'en « peut aucunement avantager son second ou autre mari ; « toutefois peut disposer d'iceux à autres personnes sans « que telle disposition puisse préjudicier aux portions « dont les enfants desdits premiers mariages pourraient « amender de leur mère. »

On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par *conquêts*. Les meubles rentraient-ils dans cette expression comme les immeubles ? L'affirmative prévalut dans un arrêt du Parlement de Paris du 4 mars 1697, rendu sur

les conclusions conformes de d'Aguesseau (1), et qui fonda la jurisprudence sur ce point. On admit aussi que la prohibition frappait jusqu'aux biens apportés en communauté par la femme elle-même. L'esprit des Coutumes, mis en lumière par d'Aguesseau, était en effet de favoriser les enfants, non de punir la femme remariée. Une large interprétation s'imposait donc.

A supposer qu'au décès de l'épouse remariée, il n'existât plus aucun enfant du premier lit, personne n'avait l'action en révocation des avantages faits au second mari en conquêts de la première communauté. Mais, s'il en restait, l'action profitait tant à ces enfants, qu'à ceux du second mariage : « et néanmoins, portait l'art. 279 de la Coutume de Paris, succèdent les enfants des subséquents mariages auxdits conquêts. » Voilà pour la première partie de la prohibition. « Quant à la seconde, celle qui vise des dispositions au profit d'étrangers, elle ne protégeait que les enfants du premier mariage, et dans la limite de leur part héréditaire ; les enfants du second mariage n'en tiraient aucun bénéfice.

Pothier, fidèle à son système, déclare que les enfants du premier lit n'ont pas besoin d'être héritiers de leur mère pour revendiquer contre l'étranger les portions qu'ils auraient amendées de leur mère dans le conquêt du premier mariage si leur mère ne l'avait aliéné (2). Il suffit qu'ils soient habiles à venir à sa succession.

1. Discours de d'Aguesseau. Œuvres (1764), t. IV, 41^e plaidoyer. — Pothier, *op. cit.* n^o 631 et suiv.

2, Pothier. *Op. cit.*, n^o 645.

Quel genre de dispositions visait la défense des coutumes, en ce qui concerne les étrangers ? On avait d'abord pensé que les conquêts ne pouvaient être aliénés à aucun titre à concurrence des portions des enfants du premier mariage. Mais on finit par ne plus appliquer nos articles qu'aux aliénations à titre gratuit : c'est ce que décidèrent deux arrêts de 1741 rapportés par Denisart (1).

La jurisprudence se fixa aussi dans le sens de l'extension au veuf remarié des art. 279 de la Coutume de Paris et 203 de la Coutume d'Orléans (arrêt du 4 mars 1697, déjà cité). Au moins Pothier donne comme incontestable que l'homme veuf qui convole à une autre union, ne peut rien donner à sa seconde femme des conquêts de sa première communauté (2). Enfin le même auteur enseigne que les dispositions de ces articles sont de la classe des statuts réels, comme ayant pour objet des biens que les Coutumes se proposent de conserver aux enfants. C'est donc à la situation desdits biens qu'il faut s'attacher et non au domicile des parties intéressées, pour décider s'ils sont frappés d'indisponibilité dans les conditions qui viennent d'être étudiées.

On peut citer en terminant, comme touchant à la matière des donations entre époux, la disposition de l'article 182 de l'ordonnance de Blois, rendue en 1579 par Henri III. Cet article édicte une peine toute spéciale contre les femmes, veuves avec enfants, qui épouseront en

1. Pothier. *Op. cit.* n° 642.

2. Pothier. *Op. cit.*, n° 648.

secondes noces des personnes *indignes de leur qualité*. Tous dons et avantages qu'elles feraient à leurs nouveaux maris sous une forme quelconque seront radicalement nuls (1). Elles seront même « dès la convention de tels mariages » interdites de la disposition de leurs biens.

1. Pothier. *Op. cit.*, n° 633.

DROIT INTERMÉDIAIRE

La Révolution de 1789, qui a renouvelé la face des choses dans l'ordre politique, ne pouvait passer sur la France, sans modifier, profondément aussi, les règles du droit privé. En particulier, la législation de l'ancien régime sur la dévolution et la disposition des biens, se trouvait en contradiction absolue avec les principes dont l'avènement venait d'être proclamé. Cette législation fut bouleversée. La loi du 17 nivôse an II est restée célèbre, comme le monument d'une réforme implacable jusqu'à l'iniquité.

Cette loi, œuvre de la Convention, développait en l'abrogeant une autre loi, du 5 brumaire de la même année, que nous devons citer également, parceque la loi de nivôse n'a fait que la reproduire quant à ses dispositions sur les donations entre époux : et que c'est en somme dans ces deux lois que nous trouvons formulés les nouveaux principes en notre matière.

Il faut distinguer deux choses dans la loi de nivôse an II. Elle créait pour l'avenir un nouveau système successoral basé sur le principe de l'égalité absolue des partages ; et elle réagissait violemment sur le passé, pour y anéantir même rétroactivement les actes qui pouvaient contrarier ce système.

Dire égalité absolue, ce n'est peut-être pas qualifier d'une façon complète la tendance du législateur de nivôse. Ce qu'il poursuivait encore, c'était la division, la circulation des biens quand même. A ce point qu'il interdisait d'avantager un successible, et de disposer en faveur d'un étranger au-delà d'un dixième des biens si on laissait des héritiers en ligne directe, et d'un sixième si on ne laissait que des héritiers collatéraux (art. 16). Ajoutons d'ailleurs que ce législateur suivait vraiment l'ordre naturel des affections pour régler la dévolution successorale. Et à ce point de vue, son œuvre est restée.

Voilà la part de l'innovation dans la loi qui nous occupe. Voyons la part de la rétroactivité. Il s'agissait d'effacer dans tous les contrats les moindres traces des privilèges en opposition avec le droit nouveau. Pour y arriver sûrement, l'art. 1^{er} de la loi de nivôse annula purement et simplement les donations entre vifs faites depuis et y compris le 14 juillet 1789, et les dispositions à cause de mort, même faites antérieurement, dont l'auteur était encore vivant, ou n'était décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis.

Toutefois n'insistons pas sur ces points et arrivons à ce qui est le plus intéressant pour nous. Tandis que la législation nouvelle épuisait, on peut le dire, ses rigueurs contre les donations en général, elle se montra essentiellement favorable aux dispositions entre époux. Sans doute, les gains de survie légaux (douaire, augment de dot, etc.) n'existeraient plus désormais ; mais, soit légaux, soit con-

ventionnels, les avantages entre époux sur la foi desquels le mariage avait été contracté étaient respectés dans le passé, sauf réduction, en cas d'existence d'enfants, à une quotité uniforme en usufruit. On peut donc dire que les époux échappaient à la rétroactivité de l'art. 1^{er} de la loi de nivôse an II ; et, quant à l'avenir, toute liberté de s'avantager leur était laissée en principe, toujours le cas d'existence d'enfants réservé. Au surplus les art. 13 et 14 de cette loi étaient conçus comme suit :

Art. 13. « Les avantages singuliers ou réciproques stipulés entre les époux encore existants, soit par leur « contrat de mariage, soit par des actes postérieurs, ou « qui se trouveraient établis dans certains lieux par les « coutumes, statuts ou usages, auront leur plein et entier « effet, nonobstant les dispositions de l'art. 1^{er}, auquel il « est fait exception en ce point. »

« Néanmoins, s'il y a des enfants de leur union ou « d'un précédent mariage, ces avantages, au cas qu'ils « consistent en simple jouissance, ne pourront s'élever « au-delà de moitié du revenu des biens délaissés par « l'époux décédé ; et s'ils consistent en des dispositions « de propriété, soit mobilière, soit immobilière, ils seront « restreints à l'usufruit des choses qui en seront l'objet, « sans qu'ils puissent excéder la moitié du revenu de la « totalité des biens. »

Art. 14. — « Les avantages légalement stipulés entre « époux dont l'un est décédé avant le 14 juillet 1789, « seront maintenus au profit du survivant. A l'égard de

« tous autres avantages échus et recueillis postérieure-
« ment, ou qui pourront avoir lieu à l'avenir, soit qu'ils
« résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils
« proviennent d'institutions, dons entre-vifs ou legs faits
« par un mari à sa femme ou par une femme à son mari,
« ils obtiendront également leur effet, sauf néanmoins
« leur conversion ou réduction en usufruit de moitié,
« dans le cas où il y aurait des enfants, conformément à
« l'art. 13 ci-dessus. »

Par conséquent les époux s'ils n'avaient pas d'enfants, pouvaient désormais se donner, même irrévocablement, la pleine propriété de tous leurs biens, sans distinction de nature ou d'origine. En présence des termes de la loi, il est bien difficile de soutenir qu'il n'en fût pas ainsi, encore qu'il existât des ascendants ou des collatéraux.

Nous avons dit que les gains de survie étaient supprimés : c'est notamment ce que décida pour le douaire coutumier une loi interprétative du 9 fructidor an II (24^e question). Il résulte d'une autre loi, du 18 pluviôse an V, art. 6, qu'on pouvait tout à la fois donner à son conjoint l'usufruit de la moitié des biens (art. 13 et 14 de la loi de nivôse) et à un étranger soit le dixième, soit le sixième en propriété, suivant la qualité des héritiers qu'on laissait.

La législation nouvelle ne prévoyait pas le cas de convol ; et, par suite, la question de savoir si l'édit des secondes noces était toujours en vigueur, ne tarda pas à s'élever. Mais, pour le premier chef de l'édit, celui qui

défendait de donner au nouvel époux plus qu'une part d'enfant, n'était-il pas implicitement abrogé par l'art. 13 de la loi de nivôse, qui permet de donner moitié en usufruit, s'il y a des enfants, soit communs, soit issus d'un précédent mariage sans distinction ?

Quant au second chef, celui qui ordonnait à l'époux remarié de conserver pour les enfants du premier lit les gains nuptiaux qu'il tenait de son premier mariage, il pouvait y avoir plus de doute. Pour soutenir que ce chef n'était pas abrogé, on faisait valoir qu'il renfermait une vraie pénalité que la loi de nivôse n'était certainement pas faite pour abolir. C'est le système qu'à consacré un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1808, confirmant un arrêt de la Cour de Nîmes du 12 décembre 1806 (Sirey, 1808, 1, 361, Beaulieu). Mais l'édit des secondes noces était conçu, comme on l'a dit déjà (1), non dans un esprit de pénalité à infliger à la femme remariée, mais bien dans un esprit de protection à accorder aux enfants. Et, si l'idée de peine disparaît, nous restons en présence de l'art. 61 de la loi de nivôse, lequel déclare expressément abolis « toutes lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la « transmission des biens par succession ou donation. » Dès lors, il paraît bien clair que l'édit des secondes noces était abrogé pour le second chef comme pour le premier. Il est incontestable, au reste, que les lois de brumaire et de nivôse avaient entendu organiser sur les successions

1. Voir le 41^e plaidoyer de d'Aguesseau cité plus haut.

et donations un système complet et se suffisant à lui-même. Et quant à la pensée de défaveur pour les seconds mariages qui avait pu régner autrefois, elle n'est plus à invoquer dans une législation qui avait admis le divorce.

Il suffira d'indiquer d'un mot la loi du 4 germinal an VIII qui vint, sous le Consulat, modifier dans un sens libéral les règles de la quotité disponible ordinaire. Ainsi un successeur put recevoir ce disponible par préciput. La réserve s'arrêta, en ligne collatérale, aux enfants de cousins et cousines germains. Mais cette loi (art. 6) n'amena aucun changement à la législation de nivôse, en ce qui touche les dispositions entre époux.

DROIT FRANÇAIS

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX

ET SPÉCIALEMENT

DE LA COMBINAISON DE CETTE QUOTITÉ AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE
ORDINAIRE

INTRODUCTION

La détermination de la quotité disponible entre époux est assurément l'un des plus graves problèmes que le législateur ait eu à résoudre. D'une façon générale, et sous quelque aspect qu'on la considère, la question de la quotité disponible est complexe et délicate; les seuls mots de quotité disponible éveillent des idées contradictoires de liberté et de restriction, et font appel à des considérations rivales dans l'ordre philosophique, moral, ou politique : considérations entre lesquelles cependant il faut chercher la conciliation quand on fait œuvre législative. Enfin, pour rappeler les expressions dont se sert Benech au début du traité célèbre qu'il a écrit sur

le sujet que nous abordons : « L'histoire de la quotité
« disponible n'est autre chose que l'histoire de la lutte
« qui s'éleva un jour entre les attributs essentiels du
« droit de propriété et les devoirs qu'imposent les rap-
« ports de famille ; entre le droit rigoureux et le droit
« naturel ou le droit de l'équité (1). »

Mais si la difficulté existe toujours, elle augmente singulièrement lorsque les dispositions à titre gratuit ne s'adressent plus à une personne quelconque, mais bien au propre conjoint du disposant ; lorsque la loi n'a plus seulement à considérer quels parents elle protégera contre des libéralités excessives, mais qu'elle doit songer encore au caractère tout exceptionnel de celui qui profitera de ces mêmes libéralités. Il s'agit de l'époux ou de l'épouse : c'est-à-dire de la personne envers qui la générosité la plus large répond aux inspirations du cœur aux vœux de la nature comme de la société, et peut n'être, enfin, que l'accomplissement d'un devoir ; — c'est-à-dire aussi de la personne en faveur de laquelle une tendresse, aveugle parfois, pourra le plus facilement entraîner aux libéralités déréglées.

Notre Code civil a condensé en deux articles, les art. 1094 et 1098, les solutions qu'il donne au problème, envisagé sous ses différentes faces. Le laconisme des textes, en favorisant la hardiesse des interprétations, rend toujours plus difficile la recherche de la pensée

1. Benech, De la quotité disponible entre époux, p. 20.

exacte de la loi. Les principales controverses auxquelles les articles précités ont donné naissance, apparaîtront lorsque nous rapprocherons ces articles des art. 913 à 916, dans lesquels sont établies les limites de la quotité disponible ordinaire ; et que nous chercherons à les combiner entre eux.

Disons tout d'abord que le Code n'avait reproduit exactement, dans la matière des donations entre époux, aucune des théories que nous avons rencontrées jusqu'à présent dans cette étude. L'ancien droit coutumier, en prohibant en principe les donations entre mari et femme contrariait trop évidemment les sentiments les plus naturels : pourquoi mettre dans la loi une règle si antipathique qu'on peut être sûr qu'elle sera perpétuellement éludée par les moyens les plus ingénieux?... Il est vrai que ce même droit, par l'institution du douaire, assurait à la veuve une situation et des ressources en harmonie avec celles dont elle avait joui du vivant de son mari. De même, dans les pays de droit écrit, grâce à l'augment, au contre-augment, à la quarte du conjoint pauvre, la législation tenait compte de ce devoir de secours mutuel que les époux ont contracté l'un vis-à-vis de l'autre par le fait du mariage, mais qui ne s'éteint pas avec le mariage même. Ce devoir, si l'un des conjoints oubliait de le remplir, la loi l'accomplissait pour lui.

Tout cela a disparu de notre Code ; beaucoup de bons esprits le regrettent, non sans raison suivant nous. Malheureusement, les réformes proposées sur ce point ne

sont pas encore, à l'heure actuelle, passées dans le domaine législatif. L'époux à qui son conjoint n'a rien donné, par contrat de mariage ou autrement, reste avec le rang successoral dérisoire que lui assigne l'art. 767 ; et il est encore vrai de dire ce que disait le tribunal d'appel de Lyon dans ses observations sur le projet de Code civil de l'an VIII :

« Il est affreux pour l'époux qui vivait dans l'opulence
« ou même dans la médiocrité, de se trouver tout à
« coup réduit à la pauvreté, souvent dans un âge qui ne
« lui permet plus de travailler, ou au sortir d'une position
« qui lui en a fait perdre l'habitude. — Quand même
« l'époux prémourant aurait eu des sujets de mécontentement, ce serait une barbarie de sa part de plonger
« l'époux qui lui survit dans les horreurs de l'indigence,
« et aujourd'hui que la loi permet le divorce, on ne peut
« plus lui en supposer de graves. Il faut réparer les
« torts de l'ingratitude, de l'injustice, et même de l'insouciance (1). »

Quoiqu'il en soit, en repoussant les idées du droit coutumier, les rédacteurs du Code civil n'ont pas adopté non plus le principe de liberté quasi-absolue qu'avait inauguré le droit intermédiaire. S'il est un système duquel ils se soient plutôt inspirés, c'est celui du droit romain, tel que l'avait fait le S. C. d'Antonin Caracalla : liberté

1. Fenet, tome IV, p. 171.— Voir le rapport de M. J. Piou, député, sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, ayant pour objet de modifier les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (J. off. Documents parlementaires, 1886: Chambre ann., n° 565, p. 1292).

de donner, mitigée par la faculté laissée au donateur de revenir quand il le voudra sur son intention première. Toutefois — et nous parlons ici de la donation *entre époux* proprement dite, de celle faite pendant le mariage; car celle qui est contenue dans le contrat de mariage participe de l'irrévocabilité attachée à l'ensemble des conventions matrimoniales; — toutefois, disons-nous, tandis que la donation romaine, imparfaite dans le principe, a besoin d'être confirmée par la persévérance du donateur dans sa volonté de donner, la donation entre époux du Code civil est parfaite à l'origine même et reste telle si le donateur ne la révoque pas (1).

Chez nous donc, pas de gains de survie légaux entre époux, mais la possibilité de s'avantager l'un l'autre, avec ce tempérament que faites pendant le mariage, les libéralités seront révocables au gré du donateur (Art. 1096, C. C.)

Si notre Code en était resté là, il n'aurait pas suffisamment tenu compte de la situation spéciale que la qualité d'époux crée entre le donateur et le donataire, situation à laquelle nous faisons allusion tout à l'heure comme pouvant justifier également un régime de faveur ou de rigueur, suivant le point de vue auquel on se place. Il se

t en quelque sorte arrêté à mi-chemin dans le règlement des intérêts divers que les donations entre époux font entrer en conflit. Ces donations étaient permises :

1. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, tome VI, n° 442.

mais la quotité disponible ordinaire ne pouvait-elle pas, dans certaines hypothèses, paraître insuffisante pour pourvoir aux légitimes besoins de l'époux qui survivra ? Voilà l'intérêt du donataire. Ces donations étaient révocables. Mais une donation arrachée à la faiblesse du disposant peut être révocable et n'être jamais révoquée en fait, parce que la révocation exige un effort de volonté souvent difficile à obtenir. Or, à l'inverse de ce qui précède, n'y aurait-il pas des cas où le disponible ordinaire pouvait sembler trop considérable entre époux, et où dès lors la révocabilité n'était plus qu'une protection incomplète ? Ce sont les raisons pour lesquelles, après avoir une première fois dérogé au droit commun en soumettant à la révocabilité des donations entre-vifs, le législateur a complété son œuvre de spécialisation par l'adoption d'une quotité disponible, particulière aux époux.

On sait ce qu'est la quotité disponible ordinaire. Le droit de disposer étant un des attributs essentiels de la propriété, nous pouvons en principe faire de notre patrimoine ce que nous voulons, le distribuer, même à titre gratuit, comme nous l'entendons, soit de notre vivant, soit par actes de dernière volonté. En principe donc, ceux que nous laissons après nous ne peuvent venir, sous aucun prétexte, critiquer l'usage que nous avons fait à cet égard, de notre liberté. — Parmi ces personnes, toutefois, il est certains parents auxquels la loi a créé une situation exceptionnellement favorable, en ce

sens que nous ne conservons pas intact, quant à eux, notre droit de disposition. En ce qui les touche, deux parts sont faites dans le patrimoine : l'une reste libre, en effet, c'est la quotité disponible ; l'autre est mise hors de l'atteinte des actes de libéralité entre-vifs ou testamentaires : on l'appelle la réserve.

Ces parents privilégiés sont nos ascendants et nos descendants. En nous obligeant à laisser soit aux uns, soit aux autres une portion de nos biens, la loi a sanctionné, dans le premier cas, cet *officium pietatis* dont les fils sont parfois oublieux envers ceux qui les ont nourris, élevés, instruits ; et dans le second cas, ce devoir que le père et la mère contractent, par le fait qu'ils appellent un enfant à la vie, de ne jamais le laisser à la charge de la société. « Il ne faudrait point de loi, a dit Tronchet, si l'expérience de tous les siècles ne nous montrait pas des fils « ingrats et des pères injustes » (1). De même que, d'un autre côté aussi, le maintien d'un disponible sérieux, même en présence de descendants, est un puissant auxiliaire de l'autorité paternelle, soit par la crainte qu'éprouvera un enfant rebelle de s'en voir dépouillé, soit par la faculté qu'aura le père de famille de récompenser dans un de ses enfants même, l'affection prodiguée et les services rendus. Ce sont les moyens propres à conserver à l'association familiale sa discipline et sa force, si l'on veut bien prendre les hommes tels qu'ils sont, non tels

1. Fenet, tome XII, p. 302.

qu'ils devraient être; et, en conséquence, notre loi ne devait pas les négliger. « Le législateur doit mettre en action tous les ressorts du cœur humain pour faire naître toutes les vertus » (1).

Le chiffre de la quotité disponible ordinaire est fixé par les articles 913 à 916 du Code civil. Les libéralités entrevifs ou testamentaires ne peuvent excéder la moitié des biens si le disposant laisse à son décès un enfant légitime; le tiers, s'il en laisse deux; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. En présence d'ascendants, le disponible est de moitié ou des trois quarts, suivant qu'il existe des ascendants dans les deux lignes paternelle et maternelle, ou dans une de ces lignes seulement. Il s'étend au patrimoine tout entier, à défaut de descendants et d'ascendants, les considérations qui justifient l'établissement d'une réserve n'ayant pas paru, et à bon droit, croyons-nous, militer en faveur des collatéraux.

Enfin, et c'est une notion qui domine toute la matière, il faut observer que la réserve nous est présentée comme « une portion de la succession *ab intestat* que la loi assure à certains héritiers (les héritiers en ligne directe) contre les libéralités du défunt » (2). En conséquence, ces parents privilégiés que nous avons présentés n'y auront droit que s'ils acceptent l'hérédité. En conséquence, toutes les questions de réserve (ou de quotité disponible

1 Rapport du tribun Favard. Fénét, tome XII, p. 633.

2. Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, t. II, n° 593.

— les deux idées sont corrélatives) — doivent être résolues en se plaçant non pas au jour des actes de libéralité, mais au jour du décès du disposant. On considérera alors, d'une part, la qualité et le nombre des héritiers qu'il laisse ; d'autre part, ce qu'est actuellement son patrimoine, comparé à ce qu'il serait sans les dispositions à titre gratuit.

Ces idées générales s'appliquent à la quotité disponible entre époux. Comme la quotité disponible ordinaire, elle comprend le patrimoine entier quand le disposant ne laisse pour héritiers que des collatéraux : ce qui est d'autant plus juste, ici, que, dans l'ordre des affections, l'époux passe certainement avant les collatéraux même très proches.

Comme le disponible ordinaire aussi, le disponible entre époux est fixé à un taux invariable, que les libéralités soient faites entre-vifs ou par testament. Au moins cette règle est-elle exacte toutes les fois que l'époux donateur est majeur. S'il est mineur, une distinction s'impose, qu'il est intéressant de noter immédiatement. D'une part, il ne peut faire de *donations* à son conjoint pendant le mariage. D'autre part, et tandis que par contrat de mariage, il pourrait donner autant qu'un majeur, pourvu qu'il ait l'assistance et l'autorisation des personnes dont le consentement est nécessaire à son union (art. 1095, C. c.), l'époux mineur, une fois le mariage contracté, ne peut plus disposer au profit de son conjoint comme de tout autre que de moitié de ce que pourrait

donner un majeur. La disposition ne peut être que testamentaire, puisque les donations, nous venons de le dire, sont interdites : et encore faut-il que cet époux mineur ait seize ans accomplis (art. 904 C. c.).

Ces principes rappelés, nous diviserons notre sujet en quatre parties.

Dans la première, nous traiterons de la quotité disponible entre époux considérée en elle-même.

Dans la seconde, de la combinaison de cette quotité avec la quotité disponible ordinaire des articles 913 à 915.

Dans la troisième, nous nous occuperons de la réduction des dispositions excessives, d'abord en supposant que l'époux donateur n'a fait de libéralité qu'à son conjoint ; ensuite en prenant l'hypothèse où le disposant a gratifié à la fois son conjoint et un étranger.

Dans la quatrième partie, enfin, nous étudierons la sanction que le Code a donnée aux règles du disponible entre époux, en statuant sur les donations indirectes ou dissimulées.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME

Cette partie comprendra deux chapitres. Dans le premier, nous envisagerons le cas où il n'existe pas d'enfants d'un précédent mariage ; dans le second, le cas où l'époux, donateur ou testateur, laisse au contraire des enfants d'un précédent mariage.

CHAPITRE PREMIER

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX, LORSQUE LE CONJOINT DONATEUR OU TESTATEUR, NE LAISSE PAS D'ENFANTS D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE.

Il faut alors distinguer suivant que les héritiers réservataires en présence desquels se trouve l'époux donataire sont ou des ascendants ou des descendants (enfants communs ou leurs propres descendants). C'est ce que nous allons faire dans deux sections spéciales. Dans une troisième, nous verrons une question commune aux deux cas, la question de savoir si l'époux gratifié peut être dispensé de donner caution, quand la disposition porte sur l'usufruit de la portion réservée.

SECTION I. — *Les héritiers réservataires sont des ascendants.*

Nous avons dit plus haut qu'un époux qui ne laisse pour héritiers que des collatéraux, peut donner à son conjoint, tout comme à un étranger, du reste, l'universalité de sa fortune.

C'est une question très controversée que celle de savoir si le disponible est encore de tout le patrimoine en supposant en présence : 1^o un époux légataire universel de son conjoint prédécédé ; 2^o des ascendants de celui-ci autres que ses père et mère ; 3^o des frères et sœurs. Mais nous ne faisons qu'indiquer cette hypothèse, dont la difficulté vient de ce que la loi, dans l'ordre des successions *ab intestat*, préfère aux aïeuls et aïeules les frères et sœurs ou descendants d'eux (art. 750); tandis qu'elle accorde une réserve aux premiers et n'en donne pas aux derniers. La question se rattache en réalité à l'explication de l'art. 915 bien plus qu'à notre sujet (1).

Supposons donc préétabli le droit de réserve de l'ascendant et voyons la disposition de l'art. 1094, alinéa 1^{er} :

« L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit
« pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait
« point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de

1. V. Demolombe, *Traité des donations*, etc., t. II, nos 119 à 122.

« l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait
« disposer en faveur d'un étranger ; et, en outre, de l'u-
« sufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe
« la disposition au préjudice des héritiers. »

« Au préjudice des *héritiers*..., » la loi veut dire « des *ascendants*, » puisque en dehors des descendants, il n'y a plus qu'eux de réservataires. Cette inexactitude de rédaction a une explication historique bien connue. D'après le projet du Code civil communiqué par Jacqueminot à la commission de législation nommée par le conseil des Cinq-Cents, le 30 frimaire de l'an VIII, les donations soit entre-vifs soit à cause de mort ne pouvaient excéder le quart des biens du donateur s'il laissait à son décès des enfants ou descendants ; la moitié s'il laissait des ascendants, des frères ou sœurs ou descendants de frères ou sœurs ; les trois quarts s'il laissait des oncles, grands oncles ou cousins germains (art. 16, titre des *Donations*, § 1). Et dans le même titre, section 8, on trouvait un article 151, lequel, permettant dans tous les cas de donner à un époux plus qu'à un étranger, rappelait d'abord d'un seul mot : *héritiers* les différents réservataires autres que les descendants. Or, tandis que cet article 151 passé, sans changement, sous le n° 156, dans le projet rédigé par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et de Maleville, est enfin devenu, mot pour mot, notre art. 1094, l'art. 16 qui fixait le disponible ordinaire a été profondément modifié. Seulement, dans la rédaction définitive, on a oublié de mettre l'art. 1094 d'accord avec le nouveau

système qui n'admettait plus comme réservataires que les héritiers en ligne directe.

Ainsi, le disponible entre époux, quand le disposant laisse des ascendants pour héritiers, c'est d'abord le disponible ordinaire (moitié ou les trois quarts en pleine propriété, suivant qu'il reste des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule), et, *de plus*, l'usufruit même de la portion réservée. Mais comment la loi a-t-elle pu permettre de réduire la réserve des ascendants à une nue-propriété?... A la première lecture, cette disposition apparaît comme une bizarrerie; avec la réflexion, on y trouve une exagération et un manque de logique; quelques-uns diront même, une inqualifiable dureté.

M. de Malleville en a fait, tout le premier, une appréciation sévère : « Il est véritablement dérisoire, dit-il, « de renvoyer les ascendants pour la jouissance de leur « légitime, à la mort de leurs gendres ou de leurs belles- « filles, qui ont de moins qu'eux l'âge d'une généra- « tion (1). » En tous cas, ce n'est pas dans les paroles du tribun Jaubert, le rapporteur de la section de législation du Tribunat, que nous trouverons une justification suffisante de la disposition qui nous occupe : « Pa- « raîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de « l'usufruit de la réserve ? C'est en quelque sorte ne « laisser la réserve que pour leurs héritiers ; mais c'est « la faveur du mariage. Pourquoi la mort d'un époux

1. Analyse raisonnée de la discussion du Code civil, tome II, p. 537.

« changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des
« droits qui ne sont ouverts que par l'intervention du
« cours de la nature (1) ? »

La faveur du mariage ! mais était-il donc nécessaire de la porter aussi loin ? L'époux survivant peut légitimement désirer que, par la mort de son conjoint, sa position ne diminue pas : soit. Mais le disponible ordinaire suffisait pour atteindre ce but (2). Et enfin, de ce que le cours de la nature a été interverti, nous ne voyons pas pourquoi la situation de l'ascendant en serait moins digne d'intérêt. Tout au contraire, puisqu'il ne peut même pas réclamer d'aliments au conjoint de son enfant prédécédé. Celui-ci, par hypothèse, est mort sans postérité, et, suivant l'art. 206, C. civ., quand l'époux qui produisait l'alliance et les enfants issus du mariage sont décédés, la dette alimentaire qui grevait le gendre ou la bru vis-à-vis du beau-père ou de la belle-mère n'existe plus.

Proudhon (3) approuve cependant la décision de l'art. 1094, premier alinéa. Pour lui, l'époux donataire subviendra, si besoin est, à la dette alimentaire de l'ascendant « parce que c'est là une des charges annuelles de la « jouissance. » Avec M. Colmet de Santerre (4) « si la « loi avait renversé sa proposition, et autorisé au profit

1. Fenet, tome XII, p. 624.

2. Laurent, Principes de droit civil français, tome XV, n° 344.

3. Proudhon, Traité des droits d'usufruit, t. I, n° 353.

4. Colmet de Santerre (Demante et) Cours anal. de Code civil, t. IV, n° 273 bis, I.

« de l'époux la disposition de la réserve en nue-pro-
« priété, la famille du disposant eût été à jamais privée
« de cette portion de ses biens. » Sans aucun doute :
mais les collatéraux sont-ils donc des réservataires dans
notre droit ?

Il nous paraît que toute la question se résume en ceci :
la réserve des ascendants est-elle une institution à con-
server ? Si, oui, qu'on la fasse sérieuse : or, elle ne
l'est pas quand elle se traduit par un droit de nue-pro-
priété auquel l'ascendant, dans l'immense majorité des
cas, ne verra jamais se réunir l'usufruit (1).

Mais il peut vendre sa nue-propriété, nous dit-on ; et
c'est l'argument le plus sérieux de l'autre opinion. Oui ;
mais d'abord les chances sont nombreuses pour qu'il la
vende mal, à cause de l'âge de l'usufruitier. Puis c'est le
forcer à se séparer de biens auxquels l'attachent peut-
être des souvenirs anciens et d'autant plus chers. Enfin,
c'est bien par ce procédé que la famille verrait ces biens
lui échapper à jamais !

Quoiqu'il en soit, la loi est formelle. Nous ajouterons
que, nulle part la faculté pour un époux de comprendre
dans l'avantage qu'il fait à son conjoint même l'usufruit
de la réserve de ses ascendants n'a été subordonnée à
l'emploi d'une formule particulière. Il suffit que l'inten-
tion du disposant soit certaine, ce qui est une affaire
d'appréciation par les Tribunaux. Cette intention n'est

1. Demolombe, Donations, t. VI, n° 495.

pas douteuse, par exemple, quand les termes de la disposition sont généraux, comme s'il a déclaré laisser à son époux : *tout ce dont la loi l'autorisait à disposer*, ou *l'universalité de ses biens*, ou encore *sa quotité disponible*. C'est un point qui a été contesté, mais à tort, en jurisprudence(1).

Il n'est pas sans intérêt de signaler, à propos de notre sujet, un résultat assez singulier qui peut se produire dans une hypothèse déterminée. Supposons un époux, majeur de seize ans, mais mineur de vingt-un qui teste en faveur de son conjoint, puis meurt laissant pour héritiers son père et un frère. Sur la portion réservée au père (un quart de l'hérédité), le conjoint a pu être avantagé de l'usufruit jusqu'à concurrence de moitié ; tandis que le frère recevra franche de tout usufruit, cette moitié des trois quarts de l'hérédité, dont à raison de son âge l'époux testateur n'a pu disposer (2).

SECTION II. — *Les héritiers réservataires sont des enfants communs ou descendants d'eux.*

Le second alinéa de l'article 1094 est ainsi conçu : « Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux ou

1. En ce sens, V. un arrêt de la Ch. des requêtes du 15 mai 1865. Hecquard, Sirey, 1865, 1, 377. *Contrà*, Toulouse 24 août 1868. Boscredon, S. 69, 2, 119.

2. Toulouse 27 novembre 1841. D. c. Mugnet, S. 42, 2, 124. V. Orléans 15 mai 1879 (S. 79, 2, 217), et Cass. 9 février 1880. Saunier, S. 80, 1, 295. Demol. *op. cit.* t. VI, n. 496. Laurent, XV, n. 345. Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 3.

« un quart en propriété et un autre quart en usufruit,
« ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. »

Ce qui frappe tout d'abord dans cette disposition, c'est l'alternative, en apparence incompréhensible qu'elle offre à l'époux donateur. Quand on peut donner un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, n'est-il pas évident qu'on peut donner moitié en usufruit, quantité inférieure à la première d'un quart en nue-propriété ? Alors, à quoi bon le dire expressément ? Qui peut le plus peut le moins. Pour épargner au texte le reproche d'absurdité, on a été jusqu'à supposer que les mots : « un quart en propriété, » par antithèse avec le restant de la phrase, signifiaient seulement un quart en *nue-propriété*. Mais, en admettant, avec MM. Aubry et Rau, que cette interprétation soit spécieuse (1), elle ne résiste pas à cette considération que dans le premier alinéa de l'article, le mot *propriété* s'entend certainement de la pleine propriété. Or, on ne peut admettre que dans le même article, les rédacteurs du Code aient employé le même mot en deux sens différents (2).

Alors que veut donc dire la loi, avec les deux termes de son alternative ? Rien de contradictoire. Elle prévoit deux dispositions de nature différente, et applique à chacune d'elles une limite spéciale. « Il ne s'agit pas de plus ni de moins, dit M. Demolombe. Il s'agit d'autre chose. » (3) Ne voulût-on donner que de l'usufruit, le ma-

1. Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 4.

2. Bruxelles, 21 juillet 1840. Vanswac, S. 1841, 2, 335.

3. Demolombe, *op. cit.*, t. VI, n° 501.

ximum est tout indiqué : ce sera moitié. Nous retrouvons au surplus cette distinction quand nous examinerons la question de savoir si l'art. 917 est applicable au cas prévu par le second alinéa de l'art. 1094.

Cela posé, prenons pour le moment la première branche de l'alternative, celle où on dispose en propriété, et établissons un rapprochement avec le disponible ordinaire, tel que le règle l'art. 913 en présence d'enfants ou de descendants. On remarquera immédiatement que, tandis que le disponible ordinaire varie avec le nombre des enfants, le disponible entre époux est uniformément fixé à un quart en pleine propriété et un quart en usufruit des biens du disposant. D'autre part, la comparaison des deux disponibles au point de vue de la quotité, va nous amener à examiner une question controversée.

Avec des ascendants pour réservataires, le disponible entre époux est toujours plus fort que le disponible ordinaire, nous l'avons vu (art. 1094, 1^{er} al.) Il est plus fort aussi, si le disposant laisse trois enfants ou davantage ; la différence est d'un quart en usufruit, puisqu'alors un étranger ne pourrait recevoir qu'un quart en pleine propriété.

N'y a-t-il que deux enfants, on ne peut dire *à priori* lequel des deux disponibles l'emporte, le disponible ordinaire étant d'un tiers en propriété, et l'usufruit, d'un autre côté, étant une valeur absolument variable : tout dépendra des circonstances. Cependant, s'il fallait prendre pour règle d'évaluation ce qui a été admis en matière

fiscale par la loi du 22 frimaire an VII (art. 14, § 11 et art. 15, § 8), à savoir que l'usufruit vaut la moitié de la propriété, la comparaison serait encore en faveur du disponible entre époux. En effet, un quart en propriété et un quart en usufruit seraient réputés valoir trois huitièmes en propriété, quotité supérieure à un tiers.

Reste le cas où il n'y a qu'un seul enfant. Pour cette fois, l'époux, qui ne peut recevoir qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, est moins favorisé qu'un étranger, auquel la pleine propriété de moitié pourrait être donnée... Mais est-ce bien là le sens qu'il faut reconnaître à l'article 1094 ? Y a-t-il vraiment un cas, un cas unique on peut le dire, où le titre d'époux qui, en thèse générale est un motif de faveur, va se retourner en quelque sorte contre celui qui en est revêtu ? Enfin, est-ce une anomalie voulue dans le Code ; ou au contraire faut-il admettre que l'époux donateur pourra se placer à son gré, soit dans l'art. 913, soit dans l'art. 1094, de façon que l'autre époux reçoive dans tous les cas au moins autant qu'un étranger : soit moitié en propriété s'il n'y a qu'un enfant commun réservataire ?...

Cette dernière interprétation est celle qu'a si brillamment soutenue en 1841, M. Benech, professeur à la Faculté de Droit de Toulouse, dans ce traité de la quotité disponible entre époux que nous citons en commençant. C'était une nouveauté et une hardiesse. Jusque-là en effet, les auteurs et la jurisprudence avaient été unanimes à décider que l'art. 913 doit rester en dehors de la ques-

tion. Grenier, en citant dans ce sens un arrêt de la cour de Nîmes, du 10 juin 1807 (Alauzun. Dev. et Car. nouv. col. 2. 2. 258), va même jusqu'à dire qu'on *aurait peine à croire* que le contraire ait pu être soutenu, si cet arrêt n'en était la preuve (1). Hâtons-nous d'ajouter que la théorie de Benech n'a pas triomphé en jurisprudence. Laurent, qui constate son échec, déclare qu'on pourrait se dispenser de la discuter. Nous pensons, quant à nous, qu'elle ne devait pas réussir, en effet; mais il n'en faut pas moins rappeler la controverse fameuse qu'elle a fait naître, et dire qu'elle a eu l'honneur de convaincre des jurisconsultes comme Demante, comme Valette, comme Aubry et Rau (2).

Nous allons essayer de résumer les principaux arguments mis en avant par Benech, pour établir que l'art. 1094 n'est, en aucun cas restrictif de la quotité disponible ordinaire.

1° Il s'appuie d'abord sur les textes mêmes et fait le raisonnement suivant né du rapprochement des articles 1094, 902 et s., 913 et 1098. En principe, toute personne est capable de disposer et de recevoir. Les époux, comme les autres, auront cette capacité, dans les proportions de l'art. 913, à moins qu'un texte ne la leur retire. Or, la loi ne nous présente qu'une seule incapacité partielle ou

1. Grenier, Donations, t. II. (1826), p. 340.

2. V. Valette. Journal *Le Droit* du 11 mars 1846, et *Mélanges de droit de jurisprudence et de législation* publiés par MM. Herold et Lyon-Caen, t. I, p. 303 et s. — Aubry et Rau, t. VIII, § 689, note 5. — Boutry. Essai sur l'histoire des Donations entre époux, nos 407 et s.

relative, qui se réfère au cas de secondes noces. Car la formule de l'art. 1094 : « l'époux *pourra* » est purement facultative, tandis que c'est toujours par une formule prohibitive qu'on édicte une incapacité : témoin l'art. 282 de la Coutume de Paris, et encore les art. 907, 908, 909 du Code civil. Donc, on reste dans la règle générale.

2° Benech invoque ensuite ce qu'il nomme l'esprit des textes, et pour le trouver, il étudie les travaux préparatoires de notre Code. Nous avons déjà dit que dans le projet de l'an VIII, origine de nos textes actuels, la quotité disponible ordinaire était réglée par l'art. 16 et fixée à un quart en propriété quand il existait des enfants ou descendants : cela, quel que fût le nombre desdits enfants. Nous savons aussi que l'article 151 du projet statuait sur la quotité disponible entre époux, et que cet art. est devenu notre art. 1094, textuellement (sauf le remplacement insignifiant du mot *peut* par le mot *pourra*).

Il faut ajouter que l'article 17 du projet disposait ainsi : « La donation en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété ». De tout cela résulte qu'en l'an VIII, aussi bien quand il s'occupait des descendants que des ascendants ou des collatéraux, quoique avec une nuance dans la rédaction ; — aussi bien quand il prévoyait la donation de moitié en usufruit que celle d'un quart en propriété et un quart en usufruit, l'art. 151 (c'est-à-dire 1094) entendait favoriser l'époux, puis-

qu'il lui permettait de recevoir de plus qu'un donataire ordinaire, une part d'usufruit.

Et, dit Benech, la rédaction en termes facultatifs de cet art. 151, correspondait bien à son esprit, tout de faveur pour les époux. Le contraste visible avec la rédaction restrictive, soit de l'art. 16, soit de l'article 17, était intentionnel. On *voulait*, à n'en pas douter, que l'époux pût toujours être gratifié plus largement qu'un étranger. « Tous les développements que recevrait plus tard la quotité disponible ordinaire devaient donc nécessairement profiter aux époux par la force même des choses » (p. 121, *op. cit.*).

Or, toute cette partie de l'œuvre Jacqueminot fut adoptée purement et simplement par les commissaires du gouvernement consulaire.

Plus tard, en l'an XI, l'art. 913, tel que nous l'avons, naquit d'un amendement de Cambacérès ; mais l'art. 1094 était toujours le même et conservait la portée qu'il avait eue dès l'origine.

Ce n'est pas tout. Le 27 ventôse an XI, on adopta notre art. 1094, et on discuta l'article du projet, qui est devenu notre art. 1098. Suivant le projet, l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un premier lit, se remariait, ne pouvait donner à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, *et en usufruit seulement*. Le consul Cambacérès dit qu'on pouvait permettre de donner cette part *en propriété*. C'est alors que Berlier, se rangeant du reste à son avis, fit observer qu'il faudrait

cependant limiter cette part à une quotité de la succession, par exemple le quart. Et, pour quel motif ? Parce que : « s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage, « et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession » (1).

L'article fut adopté avec les amendements de Cambacérès et de Berlier. Mais alors, dit Benech, si Berlier exprimait cette crainte que le nouvel époux reçût la moitié ou le tiers de la succession : « c'est qu'il reconnaissait sans doute que, dans le même cas, l'époux du premier lit aurait pu être gratifié de la même quotité » (p. 126). Autrement son raisonnement n'aurait pas été sérieux. Croire que le second époux puisse jamais prétendre à moitié en présence d'un seul enfant du premier lit, et ne pas supposer préétabli le droit d'un époux des premières nocés à la même portion en présence d'un enfant commun, c'est inadmissible. La tradition tout entière se serait élevée contre une telle erreur !

3^o Benech tire encore un argument de la philosophie du droit. Il ne veut pas croire que le législateur, comme on le disait plus haut, ait vu, coup sur coup, dans la qualité d'époux, un titre de faveur, puis un motif de défiance. Et encore, dans quel cas l'époux serait-il le plus mal traité ? Justement quand il n'y a qu'un enfant, c'est-à-dire au cas où le réservataire a lui-même les droits les plus forts. « Delvincourt dit, grâce faisant, que cela est assez

1. Fenet, tome XII, p. 416-417.

« singulier ; nous disons, nous, que cela est absurde. » (Benech, p. 161-162).

Tels sont les arguments de cette doctrine, et il faut reconnaître que celui qui est tiré des travaux préparatoires du Code est le plus sérieux. Il n'est pas sans réplique, pourtant.

1° Sur la question de texte, Benech est loin d'être probant. Dire qu'on pourra donner dans une certaine limite, n'est-ce pas dire, indirectement mais très-clairement, qu'on ne pourra donner au-delà ? En matière de disponibilité, une rédaction a autant de portée que l'autre. Sans compter, comme l'a remarqué M. Colmet de Santerre (1) que des expressions nettement prohibitives n'auraient pas dissipé tous les doutes. Seulement l'objection se serait élevée en sens inverse. Si la loi eût dit : « *ne pourra donner que* un quart en propriété et un quart en usufruit », on n'aurait pas manqué de prétendre qu'il avait là un *maximum* ; mais qu'à supposer trois enfants ou plus, le disponible entre époux ne serait plus que d'un quart en propriété, comme le disponible vis-à-vis d'étrangers.

D'ailleurs, si nous considérons l'ensemble du chapitre IX, titre II, liv. III du Code, qui contient notre article, tout nous révélera la dérogation au droit commun. Nous y trouverons la matière du disponible entre époux réglée d'une façon *spéciale et complète*. L'intitulé même du chapitre : « Des dispositions entre époux, soit par contrat de

1. Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 bis. IV.

« mariage, soit pendant le mariage » le faisait prévoir ; la suite des textes le confirme. C'est l'art. 1091 qui déclare que les donations entre époux seront libres « *sous les modifications ci-après exprimées.* » C'est l'art. 1099, d'après lequel les époux ne pourront se donner indirectement « au delà de ce qui leur est permis par *les dispositions ci-dessus* ». Et, entre ces deux articles, une série de dispositions faisant face à toutes les situations possibles, il faut bien le reconnaître. Le champ ouvert à l'interprétation pouvait-il être circonscrit dans des bornes plus précises ?

2° En ce qui touche les arguments tirés par Benech des travaux préparatoires, voici en premier lieu ce qu'on peut répondre. Il est vrai que, dans le projet de l'an VIII, on avait voulu donner à l'époux plus qu'à un étranger (le rapprochement des art. 16 et 151 le prouve). Mais on avait uniquement en vue le disponible de l'étranger tel qu'il était alors fixé ; et il ne suit pas de là, le moins du monde, que la pensée des rédacteurs ait été que le chiffre d'un quart en propriété et un quart en usufruit serait augmenté si on venait à augmenter par la suite le quart de propriété fixé pour les étrangers. Cela n'est dit nulle part. Bien plus, si tel avait été le sentiment des auteurs du projet, comment auraient-ils songé à faire dans l'art. 151 deux alinéas, dont le dernier seul conçu en termes précis, et fixant en chiffre le taux du disponible spécial, au lieu de se référer au disponible ordinaire ? Ils auraient dit : « L'époux pourra donner à son conjoint tout ce qu'il

« peut donner à un étranger ; et, en outre, un quart d'usufruit s'il laisse des descendants, et s'il n'en laisse pas tout l'usufruit de la portion indisponible » (1).

En second lieu, les travaux préparatoires eux-mêmes fournissent des armes contre la théorie de Benech. Lorsque le projet fut communiqué officieusement à la section de législation du Tribunat, après que l'art. 16 eût été changé pour devenir notre art. 913 actuel, cette section proposa une nouvelle rédaction de l'art. 151 : « Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux *tout ce dont il pourrait disposer en propriété en faveur d'un étranger*, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. » C'est-à-dire précisément qu'on voulait consacrer la doctrine défendue par Benech, et pour faire dire cela à l'art. 151, un changement dans ses termes paraissait nécessaire : c'est donc qu'il ne le disait pas dans sa forme actuelle. Or, que fit le Conseil d'Etat ? Il ne tint aucun compte de cette observation, et le texte resta le même.

Peut-être ne faudrait-il pas exagérer la puissance de cette réponse. Nous disons, nous, que le Conseil d'Etat rejeta le système proposé par la section de législation du Tribunat, puisqu'il ne modifia pas le texte de l'art. 151. Benech pense que cela prouve tout simplement une chose ; c'est que pour le Conseil d'Etat, la rédaction du projet avait déjà la signification indiquée, en sorte qu'il

1. Marcadé. Code civil, t. IV, art. 1094, I.

y avait là une question de mots, non de choses. Il pourrait donc rester quelque doute sur la portée des débats. Dans tous les cas, dirons-nous avec Laurent (1), le texte, lui, ne laisse pas de doutes : il faut donc s'en tenir au texte. Et, avec le même auteur, nous ajouterons : « Il y a un élément des travaux préparatoires qui n'est pas sans importance ; ce sont les discours des orateurs, quand ces orateurs sont des jurisconsultes. » Or, que disait M. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs au Corps législatif ? « S'il (l'époux donateur) laisse des enfants, il ne pourra être autorisé à laisser à l'autre époux qu'un quart de tous les biens en propriété et un autre quart en usufruit ou la moitié de la totalité en usufruit » (2). Que disait à son tour le tribun Jaubert, dans son rapport à l'assemblée générale du Tribunat, au nom de la section de législation ? « Quant à l'émolument des dispositions entre époux, soit par donation, soit par testament, il faut distinguer. S'il reste des enfants du mariage, l'époux survivant ne peut avoir qu'un quart en propriété et qu'un quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement. Si la disposition avait excédé ces bornes, elle serait réduite proportionnellement » (3).

Il est impossible d'être plus clair ; et Benech donne une explication embarrassée de ces passages, en disant

1. Principes de droit civil français, t. XV, n° 350.

2. Fenet, t. XII, p. 573.

3. Fenet, t. XII, p. 621.

que ces orateurs ne pouvaient exprimer des idées autres que celles des assemblées au nom desquelles ils parlaient ; et que d'ailleurs les travaux préparatoires ont été souvent menés « avec précipitation. » Il nous semble, quant à nous, qu'en présence de ces documents si formels, les paroles de Berlier peuvent ne plus passer que pour une inadvertance.

3^o Reste l'argument tiré de la raison ou de la philosophie du droit, argument qui a paru assez concluant à Zachariæ pour lui faire dire qu'adopter l'opinion adverse, ce serait admettre *legem esse sine ratione*. — Mais la loi n'est pas si inconséquente qu'on veut bien le dire. Quel est son but ? Permettre à l'époux donateur d'assurer à son conjoint une existence convenable et en harmonie avec la situation qu'il aura toujours occupée ; pourvoir en un mot à ses besoins. Eh bien ! ce but sera atteint avec une quotité disponible fixe ; car les besoins de l'époux survivant ne varient évidemment pas avec le nombre des enfants. Ce n'est pas comme quand la libéralité s'adresse à un étranger : là on considère seulement l'intérêt des enfants réservataires. Ici, il y a une autre idée. Et si l'on trouve étrange que ce soit justement dans l'hypothèse d'un seul enfant que l'on puisse moins donner à son conjoint qu'au premier venu, c'est le cas de mettre en avant le motif connu : « *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* » (1). On peut ajouter que l'existence d'un seul enfant fera présumer, en général, que le mariage a

1. Vinnius, Inst. lib. 2, tit. 8.

peu duré : « L'époux survivant, plus jeune, plus isolé, « peut se laisser entraîner à un second mariage. Les « biens à lui laissés, surtout en propriété, pourront même « faciliter ce second mariage » (1). On comprendra que la loi ait voulu prévenir ce résultat.

Nous pensons donc que la doctrine de Benech doit être rejetée, comme nous le disions plus haut, en ajoutant qu'en effet la jurisprudence lui était contraire. La grande majorité des auteurs la combattent également (2).

L'art. 1094 permet aux époux de se donner moitié de leurs biens en usufruit seulement. C'est le second terme de l'alternative qui leur est offerte. Mais, faut-il induire des expressions de notre article qu'une disposition en usufruit dépassant moitié sera réductible purement et simplement à cette quotité sur la demande des réservataires sans qu'ils aient besoin d'abandonner quoi que ce soit en propriété ? C'est la question de l'application de l'art. 917 au cas de l'art. 1094. Nous disons qu'il n'est pas applicable.

L'art. 917 décide, en matière de disponible ordinaire, que : « Si la disposition par acte entre-vifs ou par testa-
« ment est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la
« valeur excède la quotité disponible, les héritiers au
« profit desquels la loi fait une réserve auront l'option,

1. Cass. 3 déc. 1844. Molinier, S. 1845, 1, 277. Rapport de M. le conseiller Faure.

2. Cass. 4 janvier 1869. Gayet, S. 1869, 1, 145. V. Demolombe, *Donations*, t. VI, n° 500, et les autorités qu'il cite.

« ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon
« de la propriété de la quotité disponible. » L'historique
de cet article va nous révéler sa raison d'être.

Il remplace cet article du projet de l'an VIII (l'art. 17) qui faisait le disponible en usufruit égal au disponible en propriété, et tirait lui-même de ce principe la conséquence suivante : « En sorte que le don d'un usufruit ou
« d'une pension est réductible au quart, à la moitié ou
« aux trois quarts du revenu total du donateur dans les
« cas ci-dessus exprimés » (c'est-à-dire suivant la qualité des héritiers réservataires laissés par le donateur). Rien de plus simple, on le voit, que ces dispositions : c'est un système complet. Mais qu'arriva-t-il ? Dans la rédaction définitive, la quotité disponible ordinaire ne fut plus fixée qu'en propriété (art. 913-915). En supposant donc une disposition en usufruit, comment savoir si le disponible est dépassé ? Au moyen d'une évaluation qui sera toujours incertaine, toujours arbitraire ! Le législateur a reculé devant cette éventualité ; et comme il ne voulait pas non plus fixer *à priori* de rapport entre le don d'usufruit et le don de propriété, il a laissé aux réservataires un choix dans lequel leur intérêt sera leur guide.

Tout autre est le cas de l'art. 151 (aujourd'hui 1094), En permettant entre époux qui ont des enfants la disposition soit d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, soit de moitié en usufruit, il était en complète harmonie avec les art. 16 et 17 du projet. Il fixait lui

aussi une limite principale et distincte, soit qu'on donnât de la pleine propriété ou de l'usufruit seulement : ce qui rend absolument inutile une disposition du genre de celle de l'art. 917. Or cet art. 151 est arrivé jusqu'à nous dans sa teneur primitive, nous le savons. Donc, aujourd'hui encore, l'art. 917 ne peut trouver place à côté de lui. D'ailleurs si l'on enferme les enfants dans cette impasse : qu'il leur faille, à défaut d'exécution intégrale du don de plus de moitié en usufruit fait à l'époux, laisser prendre à cet époux le plus fort disponible permis par la loi, on ne fait pas autre chose qu'effacer purement et simplement l'alternative de l'art. 1094 ; et les mots « ou de moitié en usufruit seulement » ne signifient plus rien.

Ajouterons-nous que l'art. 917, qui permet par extraordinaire aux héritiers de transformer un legs d'usufruit en legs de propriété, est de stricte interprétation (1) ?.. En tous cas, il est parfaitement logique que cette conversion, permise vis-à-vis d'un étranger, soit défendue avec un époux. Le contraire violerait trop ouvertement les intentions les plus vraisemblables du disposant, qui, en ne donnant que de l'usufruit, a très bien su ce qu'il faisait. Il n'a pas voulu dépouiller pour toujours ses descendants ; et surtout il a dû redouter que ses propres biens, s'il les donnait en propriété, ne vinssent à passer dans une famille étrangère, après avoir préparé un nouveau mariage pour l'époux qu'il avantageait.

1. Laurent, *Op. cit.*, t. XV, n° 356.

D'un autre côté, n'est-ce pas interpréter sainement la pensée du législateur, que d'admettre qu'en consacrant le droit des enfants en face de l'époux donataire, il a entendu assurer dans tous les cas à ces enfants, *filiis forte fame peremptis* (Nov. 18, cap. III) une portion raisonnable de revenus. Or, sa prévoyance eût été mise en défaut si les enfants, par application de l'art. 917, avaient été amenés à consentir l'exécution de libéralités exorbitantes, faites en usufruit seulement, pour éviter de se voir dépouiller dans les limites du plus fort disponible de l'art. 1094.

La solution que nous indiquons est généralement adoptée (1). Mais la même difficulté se représente sous une autre face, quand un époux laisse à l'autre une rente viagère que les enfants prétendent excessive. Tandis que l'art. 917 mentionne en même temps les dispositions en usufruit et en rente viagère, l'art. 1094 ne parle expressément que d'usufruit. De là la question de savoir s'il ne faut pas, cette fois, revenir à l'article 917. Il s'est formé sur ce point plusieurs systèmes.

A. Une première opinion admet que l'art. 917 doit en effet s'appliquer. Elle est défendue tout d'abord par les auteurs qui tiennent pour l'application de ce même ar-

1. V. en ce sens : Demolombe, Donations, t. VI, n° 502. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 bis VI. — Troplong, Don. entre-vifs et test., t. IV, n° 2571. — Caen, 14 mars 1862. Brionne, S. 1862, 2, 361. — Cass. req. 1^{er} juillet 1873, du Plessis, S. 1874, 1, 47. Orléans, 15 mai 1879. S. 79, 2, 217. Cass. req., 30 juin 1885. Sauron, S. 85, 1, 352. *Contra*, Benech, *Op. cit.*, p. 436 et s.

ticle au cas de disposition en usufruit : cela allait de soi. De plus, elle trouve dans le camp opposé même, certains auxiliaires qui raisonnent ainsi. D'une part, l'art. 1094 ne règle pas le disponible en rente viagère ; d'autre part, les deux hypothèses sont bien différentes. Un donataire en usufruit supporte les charges usufruituaires et court les chances de diminution ou de perte qui peuvent atteindre la jouissance ou le fonds lui-même. Tout autre est la situation d'un donataire en rente viagère. C'est le créancier d'une prestation fixe, arrêtée une fois pour toutes, et à laquelle les enfants, débiteurs personnels, devront satisfaire quoiqu'il arrive. Ainsi l'on retombe dans la nécessité de comparer le chiffre de la rente avec la quotité disponible en propriété, pour voir si celle-ci n'est pas dépassée ; c'est-à-dire qu'il faudrait faire cette évaluation si douteuse que la loi a voulu éviter en édictant l'art. 917. Cet article s'applique donc (1).

B. Dans une autre opinion, la solution consiste à faire une estimation de la rente, par comparaison avec la portion disponible la plus forte, c'est-à-dire un quart en propriété et un quart en usufruit, et à lui donner effet jusqu'à due concurrence, sans toutefois la convertir en toute propriété, et en laissant à la libéralité le caractère viager qui a été dans la pensée du disposant (2).

C. Enfin, dans une troisième opinion, on décide, et

1. Proudhon. Traité des droits d'Usufruit, t. I, n° 345.

2. Troplong. Donations et Traitements, t. IV, n° 2574. — Rouen, 8 avril 1853. — Papegay, 1855, 2. 756.

avec raison, croyons-nous, que le maximum imposé par l'art. 1094 aux dispositions en usufruit, doit régir aussi les dispositions en rente viagère ; et qu'en conséquence, la rente donnée, si elle excède la moitié des revenus du disposant, sera réduite à cette moitié sans qu'on ait à faire aucune estimation.

Dans la pensée du législateur, les libéralités, au point de vue de la quotité disponible, se partagent en deux grandes classes, celles qui ont un caractère perpétuel et celles qui ont un caractère viager. Reportons-nous en effet au projet de l'an VIII. S'agissait-il du disponible ordinaire, la règle était pour la première classe des libéralités dans l'art. 16, pour la seconde, dans l'art. 17 ; ce dernier art. dit formellement : « usufruit ou pension ». S'agissait-il du disponible entre époux, un seul article réglait tous les cas, l'art. 151 : or, comme cet article ne faisait qu'appliquer le principe de l'art. 17, il faut en conclure que lui aussi était fait pour le don d'une pension comme pour celui d'un usufruit. Les art. 16 et 17 ont été changés, il est vrai, le remaniement du premier entraînant l'adoption d'un système tout nouveau pour le second. Mais l'art. 151 (aujourd'hui 1094) est resté le même. Eh bien ! l'idée capitale de cet article, c'est que les enfants ne puissent être dépouillés de plus de la moitié de la jouissance du patrimoine. C'est la même dont s'étaient inspirés déjà les articles 13 et 14 de la loi du 17 nivôse an II.

Soit donc une rente viagère donnée ou léguée et dont

les arrérages sont supérieurs aux revenus de la moitié des biens du disposant : ils seront réductibles dans cette limite. S'ils sont égaux ou inférieurs, les enfants devront les servir tels quels. Avec cette observation, pour un cas comme pour l'autre, que si, un jour, par un événement quelconque, les revenus venaient à diminuer, les enfants pourraient demander que la prestation fût réduite en conséquence (1).

Il faut répéter, en présence de descendants pour héritiers réservataires ce que nous disions en présence d'ascendants, à la fin de la première section ci-dessus ; à savoir que, pour comprendre le maximum permis par l'art. 1094, la disposition entre époux ne doit pas forcément être conçue dans des termes strictement déterminés. Ainsi un époux ayant des enfants (de son mariage actuel bien entendu) a donné ou légué à son conjoint, soit « sa quotité disponible » soit « tout ce dont il peut disposer » L'époux avantagé aura-t-il droit au quart en propriété et au quart en usufruit ? aura-t-il droit seulement à moitié en usufruit ? En principe, et sauf l'appréciation des circonstances, la première solution nous paraît résulter de la généralité des termes employés par le disposant (2).

Mais, supposons que ce même époux ait reproduit dans sa disposition les expressions mêmes de l'art. 1094, avec l'alternative qu'elles contiennent. A qui appartiennent

1. Demolombe. Donations, t. VI, n° 503. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 bis. VII.

2. En ce sens, Caen. 26 mars 1843. — Massieu. S. 1843. 2. 455.

dra le choix entre l'un ou l'autre disponible ? à l'époux gratifié ou aux enfants ?

Les auteurs admettent en général que c'est aux enfants. Il raisonnent par analogie de l'art. 1190 qui donne le choix au débiteur d'une obligation alternative, et de l'art. 1022 qui applique la même règle à l'héritier dans le cas où un legs porte sur une chose indéterminée (1). L'analogie ne nous paraît pas bien sûre. L'époux donataire n'est pas un créancier. Ce n'est pas davantage une chose indéterminée qui fait l'objet de la disposition. Cependant, c'est encore cette solution qui serait, croyons-nous, la plus conforme à l'intention présumée du disposant. Nous remarquerons, dans tous les cas, qu'une telle disposition est mal conçue. L'alternative n'est qu'apparente, et entre deux quantités de nature différente, mais certainement inégales, quel que soit celui qui choisisse, le choix est dicté d'avance.

Un point nous reste à examiner. En étudiant l'art. 1094, nous avons toujours supposé l'époux gratifié en présence d'enfants légitimes ou descendants d'eux. Mais un enfant naturel du disposant, (qui ne serait pas en concours avec des enfants légitimes bien entendu) pourrait-il invoquer cet art. 1094 ? Pourrait-il, autrement dit, faire réduire la libéralité à un quart en propriété et un quart en usufruit ; à supposer d'ailleurs sa réserve non entamée ? Le motif de douter, c'est que, dans notre loi, les enfants naturels

1. Demolombe. Donations, t. VI, n° 506. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 bis, VIII.

ont des droits de même nature que les enfants légitimes, à la quotité près. Nous croyons pourtant, avec la Cour de cassation, que l'art. 1094 n'est pas fait pour les enfants naturels. Ce qui le prouve, dit la Cour, c'est sa corrélation étroite avec l'art. 1098, où il est certain qu'il ne s'agit que d'enfants légitimes. Ce qui le prouve encore, c'est l'intention qui a dicté notre article. « En fixant la quotité
« disponible sans égard au nombre des enfants, le législateur a voulu dégager les époux de toute préoccupation d'intérêt personnel, et favoriser ainsi la fécondité du mariage. Ce serait méconnaître sa pensée
« que d'étendre à l'enfant naturel le bénéfice d'une disposition imposée par un pareil motif. » (1)

Nous pensons au contraire qu'un enfant adoptif du donateur peut invoquer l'art. 1094. C'est une conséquence du principe posé dans l'art. 350, à savoir que l'enfant adoptif a, sur la succession de l'adoptant, les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage. D'ailleurs, et sauf le cas de tutelle officieuse suivie d'adoption testamentaire, l'adoption ne peut avoir lieu pendant le mariage de l'adoptant que du consentement de l'autre époux.

Nous ne distinguerions même pas suivant que l'adoption serait antérieure ou postérieure à la donation. Une donation entre vifs est toujours faite sous la condition qu'elle ne préjudiciera pas aux droits de ceux qui se trou-

1. Cass. req. 12 juin 1866. Calmettes, S. 1866, 1, 319. Grenoble, 7 mai 1879. Laman, S. 79, 2, 336.

veront héritiers à réserve du donateur, lors du décès de celui-ci. Vainement objecterait-on que l'adoption n'a jamais d'effet rétroactif, puisqu'elle ne révoque pas les donations entre vifs qui l'ont précédée, comme le fait en principe la survenance d'un enfant légitime au donateur. (A. 960). C'est confondre deux choses bien différentes : la révocation et la réduction. Si le donateur avait déjà des enfants quand il a disposé, la survenance d'un *nouvel* enfant ne donnera pas lieu à révocation. Et cependant ce nouvel enfant pourra, le cas échéant, faire réduire la donation antérieure à sa naissance. Ajoutons que l'adoption ne dépendant pas de la seule volonté de l'adoptant, on ne peut pas dire qu'il s'est réservé, contrairement à l'art. 944, le moyen d'anéantir en tout ou en partie sa donation (1).

SECTION III. — *Question commune aux deux sections précédentes. L'époux donataire peut-il être dispensé de caution, quand la donation porte sur l'usufruit de la réserve ?*

Voici enfin une question qui s'élève indifféremment, que les héritiers réservataires de l'époux donateur soient des ascendants ou des descendants. Le conjoint gratifié peut-il être dispensé de donner caution, quand la disposition porte sur l'usufruit de la portion réservée ?

1. Aubry et Rau, Droit civ. français, t. VI, § 360, note 18 ; Demol. Adoption, n. 161-164.

La question est controversée. Pour la négative, on dit : Le principe est bien qu'on peut, en constituant un usufruit au profit d'une personne, la dispenser de fournir caution. « L'usufruitier donne caution de jouir en bon « père de famille, *s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif* « *de l'usufruit.* » (art. 601) Mais d'où vient cette règle ? Simplement de ce que le constituant aurait pu faire davantage, et donner même de la pleine propriété : c'est un raisonnement *à fortiori*. Or, dans notre espèce, la situation est bien différente. La réserve doit arriver intacte aux réservataires. La loi permet sans doute, quand la disposition est entre époux, de réduire cette réserve, en tout ou en partie, à une nue-propriété ; mais le disposant n'a pas le droit d'aller au-delà. Et qui ne voit l'atteinte profonde que la dispense de caution peut porter aux droits des réservataires nu-propriétaires ; surtout s'il s'agit de choses de consommation, de capitaux, de valeurs mobilières, hypothèses des plus fréquentes avec la composition que les fortunes présentent habituellement de nos jours ?

Vainement objecterait-on que la qualité de l'époux, usufruitier des biens de ses enfants, ou de ceux des ascendants de son conjoint, est à elle seule une garantie. La force des choses l'emporte sur une considération de cette nature. Et la conséquence, c'est qu'un époux qui a des enfants et qui donne à son conjoint moitié en usufruit, peut dispenser ce dernier de fournir caution pour

la jouissance d'un quart seulement, parce qu'il aurait pu donner ce quart en pleine propriété (1).

Quelle que soit, *en raison*, la valeur de ces arguments, nous croyons devoir adopter l'opinion opposée. L'art. 601 contient le principe en matière de dispositions d'usufruit, c'est-à-dire la possibilité de dispenser de caution : tout le monde le reconnaît. Or, l'art. 1094, en permettant aux époux de se donner de l'usufruit portant la réserve de leurs héritiers respectifs, ne fait aucune distinction. Cela veut dire qu'il se réfère au droit commun ; et par conséquent, nous n'avons pas à faire, nous-mêmes, une distinction qui ne peut être qu'arbitraire. En un mot, le disposant a le droit de constituer l'usufruit, tel que la loi française le comprend. Si la réserve court des dangers, l'art. 618 intervient, qui permet de faire cesser l'usufruit pour abus de jouissance.

Cette solution n'est peut-être pas meilleure en législation ; car on ne peut se dissimuler qu'en fait la réserve sera souvent à la discrétion de l'usufruitier, et que le remède même de l'art. 618 pourra bien arriver trop tard. Néanmoins, elle nous paraît conforme à la loi.

« L'intention du législateur, dit très bien la Cour de cassation, dans un arrêt qui a cassé l'arrêt de la cour d'Orléans cité plus haut, a été, en faveur du mariage, d'accorder aux époux le droit de grever la réserve d'un

1. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, etc., t. II, n. 493 ; Boutry, *Essai sur l'hist. des don. entre époux*, n. 430 ; Orléans 23 février 1860 ; Grateloup, S. 1860, 2, 366.

« usufruit qu'il a laissé, dans sa constitution et dans les
« droits qu'il confère, soumis aux règles générales de
« l'usufruit (12 mars 1862, S. 1862, 1, 413) (1).

D'ailleurs, quant à cette portion de biens réservée, la
dispense d'inventaire ne saurait de même être admise.
Une pareille dispense porterait, à elle seule, atteinte au
droit de réserve (2).

1. V. aussi Pau, 3 juillet 1876. Fourcade, S. 1877, 2, 120. Cass., 5 juillet
1876. Sarda, 1877, 1, 343, et Toulouse, 1^{er} février 1877. S. 78, 2, 261.
Troplong, t. IV, n^o 2576. Aubry et Rau, t. VII, § 679, texte et note 6.

2. Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 7.

CHAPITRE II

QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX, LORSQUE LE CONJOINT
DONATEUR OU TESTATEUR LAISSE DES ENFANTS D'UN PRÉ-
CÉDENT MARIAGE.

« L'homme ou la femme qui ayant des enfants d'un
« autre lit, contractera un second ou subséquent ma-
« riage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une
« part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que,
« dans aucun cas, ces donations puissent excéder le
« quart des biens. » Tel est le texte de l'art. 1098.

Nous en connaissons déjà les précédents historiques.
Les constitutions *Hac edictali* et *Fœminæ quæ*, en droit
romain; l'édit des secondes nocces dans notre ancien
droit, avaient, à différentes époques, traduit en disposi-
tions législatives l'intérêt qu'inspire nécessairement la
situation d'enfants dont le père ou la mère convole à un
nouveau mariage. Notre loi actuelle, animée de la même
sollicitude, présente pourtant, avec ses devancières, des
différences importantes à noter.

L'article 176 du projet du Code, (ancien art. 156 du
projet Jacqueminot) avait reproduit, dans leur idée
substantielle, chacun des deux chefs de l'édit de 1560.

Sur le premier chef, il ajoutait que la part d'enfant le moins prenant ne pourrait être donnée qu'en usufruit. Nous savons que ce furent des observations de Cambacérès et de Berlier qui amenèrent un changement sur ce point. La part en question put être donnée en propriété, mais sous la réserve de ne jamais dépasser le quart des biens (1). Le second chef de l'édit était rappelé sous cette forme que l'époux ne pourrait disposer à titre gratuit ou onéreux des immeubles qu'il aurait recueillis de son époux ou de ses époux précédents, tant que les enfants issus des mariages desquels sont provenus ces dons, existeraient (2). Cette partie de l'article qui impliquait une recherche de l'origine des biens, pour en régler la dévolution et qui créait des inégalités entre les enfants du même père ou de la même mère, disparut complètement.

Nous remarquerons, en première ligne, que l'art. 1098 comme l'art. 1094, contient une règle, non d'incapacité personnelle, mais d'indisponibilité réelle. Il ne faut pas s'abuser sur la portée de sa rédaction conçue *in personam*. Sans doute il vise bien le nouvel époux dans sa défense ; mais à l'exemple de l'édit de 1560, il a été écrit dans un esprit de protection, non de pénalité (3). Bien plus, le spiritualisme chrétien hostile aux seconds mariages, qui avait dicté les constitutions des empereurs, pouvait avoir encore guidé le chancelier de L'hôpital. Les auteurs du

1. Fenet, t. XII, p. 417.

2. Loqué, Lég. civ., t. XI. p. 270.

3. V. ci-dessus Aperçu historique.

Code civil vont chercher ailleurs leurs inspirations. « Ce qui les préoccupe exclusivement, c'est le sort des enfants du premier lit (1). » Et c'est, en effet, le seul point de vue véritablement juste et rationnel. Par conséquent, nous suivrons les principes généraux en matière de quotité disponible, puisque ce que nous trouvons ici, c'est la quotité disponible des époux, modifiée en vue d'une situation particulière. Pour décider du sort d'une libéralité faite au second époux, nous nous placerons non pas au jour de l'acte, mais au jour du décès du disposant (2). S'il y a excès, nous prononcerons la réduction de la libéralité dans la mesure établie par la loi (art. 920, 1496, 1527) (3). Enfin, il faudra que l'époux donateur, *laisse, en mourant*, des enfants d'un autre lit, pour que nous appliquions l'art. 1098. S'il n'en laisse pas, l'art. 1094 reprend son empire, au cas où il existe des enfants communs ou des ascendants et l'art. 916 dans l'hypothèse contraire.

Les enfants *d'un autre lit*, ce sont des enfants légitimes ; ou des enfants légitimés : l'assimilation avec les premiers est complète (art. 333). La règle est la même pour les petits-enfants ou arrière petits-enfants issus d'un enfant prédécédé. L'Edit des Secondes Noces les nommait positivement ; et d'ailleurs l'art. 914 ne laisse pas de doute. Peu importe d'ailleurs qu'il ne soient que conçus : un

1. Laurent, principes de droit civil français. t. XV, n° 381.

2. Demolombe, Donations, etc., t. VI, n° 552.

3. Cass., 20 avril 1880. Joly, S. 81, 1, 70.

enfant conçu est toujours réputé déjà né, quand il s'agit de ses intérêts (1).

Il est de toute évidence que l'art. 1098 ne peut pas être invoqué par un enfant naturel ; le texte y répugne autant que l'esprit. Mais que dirons-nous d'un enfant adoptif, en supposant que l'adoptant s'est marié postérieurement à l'adoption ? Nous croyons que notre article n'est pas davantage fait pour lui. Et pour appuyer cette manière de voir, nous ne dirons pas comme quelques-uns l'ont fait que la loi statue « en haine des secondes noces ». Encore une fois, cette appréciation est inexacte. Seulement, à notre sens, l'art. 1098 s'exprime en termes trop précis, il continue trop évidemment la tradition qui supposait des mariages successifs, pour que l'enfant adoptif puisse s'en prévaloir. — Oui, l'enfant adoptif a, sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aurait l'enfant né en mariage (art. 350) ; et voilà pourquoi nous décidons qu'il invoquera l'art. 1094. Mais il ne suit pas de là qu'il faille le faire jouir d'une faveur, en somme exorbitante, alors que la situation, en fait et en droit, est absolument dissemblable (2).

Enfin, il va de soi que les enfants d'un second, d'un troisième lit, pourraient invoquer l'art. 1098, comme les enfants d'un premier lit, en cas de convol ultérieur de leur auteur. Le texte dit : « second ou subséquent mariage », et les motifs de l'article n'interviennent pas moins puissamment ici : au contraire.

1. Merlin. Répertoire. V^o Noces (secondes), § VII, art. 4, n^o 1.

2. *Contrà*. Demolombe. Cours de Code civil, t. VI (adoption), n^o 163.

Mais faut-il au moins que l'enfant de la première union accepte la succession de son père ou de sa mère remariée, pour que l'article 1098 s'applique ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. C'est la conséquence forcée d'un principe que nous croyons parfaitement certain dans notre droit, et que nous avons inscrit en tête de cette étude sur le disponible entre époux : à savoir que ce qu'on appelle la réserve est une partie de la succession, cette partie qui n'a pu en être distraite par des dispositions à titre gratuit. On est réservataire parce qu'on est héritier. Or il n'y a dans l'art. 1098 qu'une réserve spéciale, de même nature que la réserve ordinaire de l'art. 913, présentée sous une forme identique dans les deux articles, et se confondant même avec elle comme quantité si l'on suppose trois enfants.

Sans doute, nous l'avons vu, nos anciens auteurs offraient, pour l'application de l'Edit des secondes nocés, une solution différente. A dire vrai, cet édit, en se servant du mot *enfants*, sans rien ajouter, ne semble pas exiger la qualité d'héritiers. Pothier, nous le savons, donne une autre raison : c'est que la femme remariée qui gratifie son second mari met les objets donnés hors de ses biens : ces objets ne sont donc plus dans sa succession (1). Mais, outre que cet argument ne convient point aux biens légués, qui, eux, *sont* dans la succession, on peut le combattre, même pour les biens donnés, en disant que l'action en

1. Pothier. Contrat de mariage, n° 568.

réduction a précisément pour but de faire rentrer ces biens dans la succession, en tant que la donation dépasse le disponible. D'ailleurs, l'argument, une fois admis, prouverait trop, puisqu'il s'étendrait à toutes les donations possibles, quelle que soit la personne du donataire.

Et d'un autre côté, à quel titre l'enfant, non héritier, invoquerait-il notre article ? En qualité d'enfant, *jure sanguinis*, *jure naturali* ? Mais le fait de la filiation n'est jamais, dans notre loi, une *manière d'acquérir* (art. 711 et s., C. c.).

Nous n'admettons donc au bénéfice de l'art. 1098 ni les enfants d'un premier lit renonçants (1), ni les indignes (2). Et, de ce que notre article contient une réserve spéciale, nous concluons encore qu'aucune action n'est ouverte à ces enfants du premier lit du vivant de leur auteur. Ils ne peuvent même pas prendre de mesures conservatoires, parce qu'ils n'ont pas même un droit éventuel à sauvegarder. La réserve est, nous le répétons, un droit de succession (art. 920 et 1090), et *nulla est viventis hereditas* (3).

C'est seulement à l'égard du nouvel époux que l'art. 1098 a introduit une quotité disponible spéciale. Les personnes désignées dans l'article 1100, ne peuvent recevoir

1. *Contrà*. Troplong, t. IV, n° 2724.

2. Demolombe. Donations, t. VI, n° 564. Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 bis, I.

3. Demol. Don., t. II, n°s 199-200. V. Limoges, 27 mai 1867. Bonnange, S. 1867, 2, 337.

davantage que ce nouvel époux, mais c'est parce que la loi les présume interposées.

Ainsi, on rentre dans le droit commun quand il s'agit de tout autre donataire, et notamment l'époux remarié peut donner dans les limites ordinaires aux enfants issus du nouveau mariage. Ce point avait été contesté dans l'ancien droit, à ce que nous apprend Ricard. « C'a été
« une grande question de savoir si l'édit de 1560 était
« applicable aux enfants communs que la femme qui
« avait convolé en secondes noces avait de son second
« mari. » Et, en effet, n'y avait-il pas utilité à défendre les enfants du premier lit contre les avantages que la femme pourrait faire aux enfants du second lit, soit par un entraînement qui n'eût été que la conséquence de son affection pour son second mari, soit par suite d'un abus d'influence de la part de ce dernier? Ainsi raisonnait-on dans le parti de l'affirmative. L'opinion contraire, conforme à la Nov. 22 de Justinien, avait cependant prévalu (1). Et aujourd'hui que la loi a érigé en principe l'égalité de droits des enfants, même issus de mariages différents, la controverse n'est plus possible.

L'art. 1098 limite la quotité que l'on peut donner à un nouvel époux à une part d'enfant le moins prenant, avec le quart des biens pour maximum. Cette fixation a lieu en pleine propriété, de même que dans l'art. 913. Il en résulte que dans ce cas comme dans l'autre, si la dis-

1. Ricard, Donations, partie III, nos 1232-1234. V. ci-après 4^e partie, ch. II, A.

position était d'un usufruit ou d'une rente viagère, il pourrait devenir nécessaire de recourir à cette évaluation que le législateur a redoutée si fort en matière de disponible ordinaire, qu'il a préféré laisser au réservataire l'option que nous connaissons déjà (art. 917). Par identité de motifs, nous appliquerons ici l'art. 917, sauf, bien entendu, les circonstances de fait qui démontreraient une intention contraire chez le disposant (1).

Une part *d'enfant*... Mais quels enfants doivent être comptés pour établir cette part? Tous les enfants existant au décès de l'époux donateur et venant à sa succession; ceux du second lit comme ceux du premier: l'art. 1098 s'exprime en général. L'enfant adoptif compte évidemment aussi (art. 350). L'époux donataire sera simplement considéré comme un enfant de plus; sa part sera donc au plus du cinquième du patrimoine de son conjoint, s'il y a quatre enfants, du sixième s'il y en a cinq, etc.

Si le donateur a laissé des enfants naturels, on commencera par prélever sur la masse la portion que la loi leur attribue (art. 757); leur concours nuira donc à l'époux donataire, exactement comme aux enfants légitimes, avec lesquels cet époux restera sur un pied de parfaite égalité (2).

S'il reste des petits-enfants, issus d'enfants prédécé-

1. Demolombe, Donations et testaments, t. II, n° 462. Paris, 7 janvier 1870. Willemain, S. 1870, 2, 97. Cass. 1^{er} juil. 1873, S. 74, 1, 47. Bastia, 17 janvier 1876. Cristiani, S. 76, 2, 164.

2. Demolombe, Don. et test. t. VI, n° 587.

dés, l'époux donataire obtiendra, dans tous les cas, une part d'enfant, et non de petit-enfant, c'est-à-dire que les descendants d'un même enfant ne compteront jamais, quel que soit leur nombre, que pour la portion qu'aurait eue leur auteur (art. 914). L'ancien droit n'admettait franchement cette doctrine que lorsque les petits-enfants avaient besoin pour succéder du secours de la représentation. Mais nous avons dit (1) qu'en supposant un fils unique (du premier lit) prédécédé, et des petits-enfants issus de ce fils et succédant de leur chef, les jurisconsultes les plus autorisés donnaient à l'époux une part de petit-enfant. Les termes de l'édit de 1560 « plus qu'à l'un « de leurs enfants ou enfants de leurs enfants » paraissaient favorables à cette interprétation (2). Mais ce système est insoutenable aujourd'hui, avec le sens qu'on est unanime à attacher à l'art. 914.

Quels qu'ils soient, d'ailleurs, nous ne comptons que les enfants qui acceptent la succession de l'époux donateur. Nous avons admis que les seuls enfants du premier lit acceptants pouvaient invoquer l'art. 1098. Or, les deux solutions se lient intimement. De même, l'ancien droit était logique, en ne faisant de l'acceptation des enfants une nécessité ni dans un cas, ni dans l'autre. Comme la renonciation n'était pas un obstacle à l'exercice de l'action en réduction, ainsi les enfants même renonçants faisaient nombre pour la fixation de la part de l'époux

1. Aperçu hist. ci-dessus. Edit. des secondes noces, I, p. 174.

2. Pothier, Contrat de mar, n^{os} 564-565.

donataire. Nous nous conformerons au contraire à l'esprit de l'ancien droit, en ne tenant pas compte des enfants indignes.

Une part d'enfant « le moins prenant », dit la loi. Ces mots font allusion au cas où l'un des enfants ou plusieurs auraient été avantagés par préciput. La part, du reste, est celle à laquelle, en droit, l'enfant le moins prenant pourrait prétendre, et non pas celle qu'il trouverait suffisante, en fait. Le droit du second époux ne peut dépendre de la volonté d'un enfant ; peut-être d'une fraude qu'il concerterait avec les autres. Pothier disait déjà : « La part de l'enfant le moins prenant à laquelle est réductible la donation faite au second mari, est la part que cet enfant le moins prenant a droit d'avoir dans les biens de la donatrice et non pas celle dont il veut bien se contenter, quoique moindre que celle qu'il a le droit d'avoir. » Sa doctrine est encore vraie de nos jours. (1)

Tel qu'il est rédigé, notre art. 1098 donne lieu à une difficulté spéciale dans le cas de plusieurs convols successifs. Il dit : « Ne pourra donner à son nouvel époux » ; mais s'il y a plusieurs nouveaux époux, à quelle quotité ont-ils droit ? L'Edit de 1560, nous l'avons vu, employait les mots : « leurs nouveaux maris » ; aussi Pothier, d'accord avec Ricard, décidait que tous les nouveaux époux réunis, ne pouvaient avoir plus qu'une part d'enfant le

1. Pothier, *Contrat de mar.*, n° 561. — Colm. de Sant., t. IV, 278 bis VII. — Demolombe, *Op. cit.*, n° 582.

moins prenant (1). Aujourd'hui, trois opinions se sont produites sur la question :

A. Dans l'une, le veuf ou la veuve avec enfants, qui se remarie plusieurs fois, peut donner à *chacun* de ses nouveaux conjoints une part d'enfant, pourvu qu'au total ces libéralités n'excèdent pas le disponible de l'art. 913. On se fonde précisément sur la différence de rédaction de l'art. 1098 et de l'Edit des secondes noces (2).

B. La seconde opinion raisonne comme la première, mais elle ajoute cette autre limitation, que l'ensemble des donations ne doit pas dépasser le quart des biens du disposant : l'argument se tire des mots « dans aucun cas » de l'art. 1098 (3).

Un exemple fera saisir la différence des résultats auxquels on arrive, suivant qu'on adopte cette opinion ou la précédente. Un homme ayant deux enfants d'un premier mariage, contracte successivement deux autres unions, et fait à chacune de ses nouvelles épouses une donation de 15,000 fr. A son décès, sa fortune se chiffre par 90,000 fr., y compris les 30,000 fr. donnés. La quotité disponible de l'art. 1098 a-t-elle été dépassée ? Non, d'après le premier système. Car chacune des donations reste au-dessous des limites que pose cet article ; et, réunies, elles atteignent seulement un tiers du patri-

1. Pothier, *op. cit.*, n° 566.

2. Duranton. Cours de droit français, t. IX, n° 804.

3. Demante. Cours de droit français, t. IV, n° 278, et Colm. de Sant., n° 278 bis, IX.

moine, c'est-à-dire le disponible de l'art. 913 quand il y a deux enfants. Avec le second système, au contraire, il faudrait dire qu'il y a excès, les deux donations ne pouvant s'élever ensemble qu'à un quart ou 22,500 fr. La libéralité qui est la dernière en date devrait donc être réduite à due concurrence.

C. La troisième opinion, qui nous paraît préférable, ne permet de donner aux nouveaux époux réunis, qu'une part d'enfant. L'art. 1098 n'est pas conçu dans un esprit différent de l'Edit : au contraire, puisqu'une nouvelle restriction (le quart des biens comme maximum) y a été introduite. Il faut donc s'en tenir à l'interprétation traditionnelle.

Rien, au surplus, dans les travaux préparatoires, ne nous autorise à nous en écarter ; et quant au texte même de l'art. 1098, il est loin d'être explicite. Il ne dit pas : « à ses nouveaux époux », c'est vrai, mais il ne dit pas non plus « à chacun de ses nouveaux époux ». « Son nouvel époux » est une expression collective qui, sans forcer le sens des mots, peut comprendre les différents nouveaux conjoints. D'autre part, l'art. 1098 dit : « sans que, dans aucun cas, *ces donations* puissent excéder le quart des biens », mais par « ces donations » il entend : « le genre de donations dont s'agit » ; il ne suppose pas forcément des donations faites à des époux successifs. Faut-il faire remarquer enfin, que la troisième opinion est favorable aux enfants du premier mariage, alors que, par les cir-

constances, la protection de la loi leur est plus nécessaire que jamais. (1)

Il est évident qu'en disant qu'on « ne pourra donner au nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant », l'art. 1098 n'a pas entendu imposer au douateur un mode exclusif de disposer. C'est tout simplement une limite qu'il a tracée ; et dans cette limite, les donations de biens présents seront aussi valables que les donations de biens à venir, les libéralités à titre particulier que les libéralités à titre universel. En fait cependant, il faut reconnaître que la donation d'une part d'enfant se présente très fréquemment dans la pratique. C'est le type fourni par la loi ; et la formule, en ne préjugant pas du nombre des enfants, se prête à toutes les éventualités. Ainsi conçue, la disposition, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, est une donation de biens à venir, ayant pour objet un droit éventuel de succession. En conséquence, elle devient caduque par le prédécès de l'époux donataire. (art. 1082, 1089, 1096) (2).

Et cette caducité se produira alors même qu'il resterait des enfants du second mariage. L'idée d'une substitution tacite de ces enfants dans le bénéfice de la donation faite à leur auteur prédécédé, idée mise en avant par Renusson (3) n'est plus admissible aujourd'hui avec l'art.

1. Demolombe. *Don. et Test.*, t. VI, n° 572. — Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 46.

2. Demolombe, t. VI, n° 579. — Aubry et Rau, t. VII, § 690.

3. Renusson. *De la communauté*, part. IV, ch. 3, n° 73.

1093. Bien plus, nous admettons qu'une substitution expresse ne serait pas possible à leur profit. La lettre de l'art. 1093 nous paraît s'y opposer ; et du reste, une faculté en dehors du droit commun, comme celle de donner à des enfants non encore conçus, voudrait un texte bien formel (1).

Que décider pourtant, si on a disposé d'une part d'enfant en faveur du second conjoint ; qu'il n'y ait pas d'enfants du second mariage, et que tous ceux du premier soient prédécédés, indignes ou renonçants ? Nous savons que Pothier, dans cette hypothèse, élevait la part à moitié. On a essayé de soutenir que c'était tout le disponible ordinaire que le disposant avait voulu attribuer : ce serait toute l'hérédité, par conséquent, à défaut d'ascendants. Avec bien plus de raison, croyons-nous, on décide généralement que le nouvel époux recevra le quart au maximum. Quoi qu'il arrive, c'est là tout ce que la loi permet qu'il obtienne, s'il y a des enfants du premier lit ; le disposant doit être présumé avoir agi en conformité d'intention avec le législateur. Le tout sauf les circonstances de fait qui révéleraient une volonté contraire (2).

Au surplus, nous donnerions encore la même solution si le conjoint remarié laissait seulement un ou deux enfants issus de la seconde union.

Nous avons à nous demander maintenant à quelles libéralités s'applique l'art. 1098 ? Non seulement à toutes

1. Demol. *op. cit.*, n° 416, 417.

2. Demol. n° 590. — Troplong, t. IV, n° 2719. — Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 48.

les libéralités en général, donations entre vifs ou testamentaires qui s'imputent sur la quotité disponible ordinaire, ou sur celle de l'art. 1094. Mais encore aux avantages indirects qui peuvent résulter pour le nouvel époux de ses conventions matrimoniales. En thèse générale, de tels avantages ne sont pas considérés comme des libéralités ; ils participent du caractère onéreux de la convention qui les a fait naître : par une dérogation unique, et dans laquelle notre loi moderne n'a fait du reste que suivre l'ancien droit, lorsque c'est un veuf ou une veuve avec enfants qui se remarie, toute stipulation du contrat ayant pour résultat de faire profiter son nouvel époux d'une portion quelconque de ses biens, tombe sous le coup de l'art. 1098. Que le résultat soit voulu ou non, peu importe ; qu'il provienne de l'absence du contrat de mariage, entraînant la communauté, ou de l'adoption d'une communauté plus ou moins mitigée, peu importe encore. L'art. 1496 du C. c., en prévoyant expressément l'avantage qui peut résulter de la confusion du mobilier et des dettes, ne fait que tirer une conséquence du principe général. Et dans l'art. 1527, la disposition est encore plus absolue :
« Toute convention qui tendrait *dans ses effets* à donner à
« l'un des époux au delà de la portion réglée par l'art.
« 1098 sera sans effet pour tout l'excédent de cette por-
« tion ». *Dans ses effets* : c'est donc bien au résultat qu'on se reporte dans tous les cas. Le même article excepte
« les simples bénéfices résultant des travaux communs
« et des économies faites sur les revenus respectifs quoi-

« que inégaux des deux époux ». C'est ce que décidait déjà l'ancien droit(1).

Comme conventions matrimoniales pouvant procurer un avantage au nouvel époux, on citera par exemple le préciput conventionnel, les clauses d'ameublissement, d'inégalité dans le partage (2). Dans la communauté réduite aux acquêts, il n'y a aucun avantage bien entendu : ce qui est mis en commun, ce sont des économies, des bénéfices (art. 1527).

Le principe, avons-nous dit, s'applique également à la communauté légale. Cependant, pourrait-on dire, si l'un des époux reçoit un avantage sous ce régime, par exemple parce que les apports mobiliers sont inégaux, c'est de la loi qu'il le tient et non pas de son conjoint.

La réponse est, que la communauté légale est au fond l'œuvre du consentement des parties ; en ne faisant pas de contrat, elles ont tacitement accepté le contrat que la loi faisait pour elles. Pothier(3) fournit fort justement cet argument à propos de meubles apportés et tombés en quantité inégale dans la communauté. Il est vrai qu'il change d'avis quand il s'agit de successions mobilières tombées dans la communauté et dont le nouveau conjoint profite. Et cela à raison de l'incertitude que présente la dévolution des successions (1) ; mais il faut accepter la doctrine tout entière. En se remariant, l'époux qui suc-

1. Contrat de mar., n° 552.

2. Paris, 26 juin 1880. Ceugniet. S. 80, 2, 315. Cass. 9 mai 1881. Thuillier. D. 82, 1 97.

3. Cont. de mar., n° 551.

cède aujourd'hui n'a-t-il pu prévoir une telle éventualité? Il y a donc avantage indirect pour l'application de l'art. 1098. (En ce sens : Caen 21 nov. 1868 ; Metge, Sir. 69, 2, 252).

Enfin, on considérera comme avantages faits au nouvel époux non seulement les donations par contrat de mariage, ou celles faites pendant le mariage, mais celles même qui sont antérieures si elles ont été consenties *en vue du mariage* ; ce qui est évidemment une question de fait abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Mais il ne faut pas que la prohibition de la loi soit éludée par un moyen aussi simple que celui de faire la donation un peu à l'avance, le projet d'union étant déjà parfaitement arrêté. Marcadé dit à cet égard que le principe est pourtant que l'art. 1098 ne devrait pas être appliqué « à moins que les circonstances ne fissent voir la mauvaise foi » (2). Ce qui est exact en ce sens que la bonne foi est, en effet, généralement présumée. Mais encore une fois, c'est le point de fait qui domine, et aucune règle ne peut être posée *à priori* (3).

1. Pothier, contrat de mariage, n° 553.

2. Marcadé, Code civil, art. 1098, n° 1.

3. Demolombe, t. VI, n° 574. Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 8.

DEUXIÈME PARTIE

COMBINAISON DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ENTRE ÉPOUX AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE ORDINAIRE.

Jusqu'ici, nous avons placé l'époux donataire ou légataire de son conjoint, en présence des héritiers réservataires seulement. Mais il arrivera souvent que l'époux donateur aura fait aussi des dispositions en faveur d'un étranger ou de l'un de ses enfants par préciput. Dans ce cas l'avantage fait au conjoint pourra-t-il comprendre tout le disponible de l'art. 1094 ou de l'art. 1098, et *en même temps* l'avantage fait à l'étranger, tout le disponible des art. 913 à 915 ? Si le cumul des deux quotités disponibles n'est pas possible, au moins viendront-elles en concours, et de quelle manière devra-t-on les combiner ? Tel est le sujet que nous abordons maintenant.

Commençons par éliminer la possibilité du cumul. C'est un point sur lequel aujourd'hui il y a unanimité dans la doctrine et dans la jurisprudence. Le cumul fut admis, sans doute, dans le droit intermédiaire, ainsi qu'il résulte du rapprochement des lois du 17 nivôse an II et du 18 pluviôse an V, art. 6. Et de fait, le disponible ordinaire était si faible alors que le résultat n'avait rien de trop rigou-

reux pour les réservataires. Ce n'était pas les dépouiller que de laisser moitié en usufruit à l'époux, et un dixième ou un sixième en propriété à un étranger. Mais depuis la promulgation du Code civil, il ne s'est jamais élevé de doutes bien sérieux sur la question. C'est à peine si l'on peut citer une ou deux décisions de jurisprudence qui aient admis le cumul (Agen, 27 août 1810. Boucaut, S. 1811, 2, 112. Grenoble, 26 mars 1838. Cret ; arrêt cassé le 21 nov. 1842. S. 42, 1, 897).

Et il y a pour cela d'excellentes raisons. Prenons la quotité disponible de l'art. 1094 ; si nous prétendons la cumuler avec la quotité disponible ordinaire, ou nous anéantissons la réserve, ou nous aboutissons à des absurdités. Supposons que le disposant ne laisse qu'un enfant ; il pourra donner à un étranger moitié en pleine propriété, et à son époux un quart en propriété et un quart en usufruit. La réserve va être réduite à un quart en nue-propriété. Est-ce admissible ? Supposons à présent un ascendant pour réservataire ; la quotité disponible en faveur d'un étranger est des trois quarts en propriété ; le disponible propre à l'époux est de trois quarts en propriété et un quart en usufruit. Ensemble six quarts en propriété, et un septième quart en usufruit, c'est-à-dire une impossibilité.

Cette démonstration suffirait ; mais il y a un autre motif pour que les deux disponibles ne se cumulent pas, et il est péremptoire. C'est qu'on ne peut donner deux fois la même chose. Or le disponible entre époux, dans la

pensée des auteurs du Code, c'est la même chose que le disponible ordinaire, sauf qu'il s'y ajoute une quotité en usufruit à prendre sur la réserve. Le premier alinéa de l'art. 1094 le dit en toutes lettres, quand les réservataires sont des ascendants. Le second n'est pas moins clair, quand on se rappelle qu'il reproduit exactement l'art. 151 du projet, et que cet art. 151, en donnant à l'époux un quart en propriété et un quart en usufruit, lui donnait en réalité le disponible ordinaire en propriété tel que le fixait l'art. 16, et en outre une portion en usufruit à prendre sur la réserve des enfants. La connaissance des travaux préparatoires jette sur ce point un jour décisif. Aujourd'hui même, le quart en propriété de l'art. 1094, c'est encore le disponible ordinaire de l'art. 913 en tout ou en partie(1).

Et ce que nous disons du disponible de l'art. 1094, il faut le dire à *fortiori* du disponible de l'art. 1098, qui ne se distingue du disponible de droit commun que par la mesure, mais est, comme lui, fixé en propriété seulement.

Le cumul des deux disponibles n'est donc pas possible. En conséquence, ce qu'il faut chercher, ce sont les moyens de les combiner l'un avec l'autre. Le problème présente deux faces, suivant qu'on est dans le cas de l'art. 1094 ou dans le cas de l'art. 1098. Deux chapitres distincts vont y être consacrés.

1. Demol., Don., t. VI, n° 509. Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 16.

CHAPITRE PREMIER

L'ÉPOUX DONATEUR, QUI NE LAISSE PAS D'ENFANTS D'UN PRÉCÉDENT MARIAGE, A FAIT DES DISPOSITIONS TANT EN FAVEUR DE SON ÉPOUX QU'EN FAVEUR D'UN ÉTRANGER. (CONCOURS DU DISPONIBLE ORDINAIRE AVEC LE DISPONIBLE DE L'ART. 1094).

Ce concours, cette *collision*, comme dit Benech, du disponible ordinaire et du disponible de l'art. 1094, est la partie de notre étude qui doit nous retenir le plus longtemps, parce que c'est celle où les difficultés les plus graves se sont élevées. Est-ce à dire, comme le fait Laurent, que ces difficultés soient absolument insolubles, et qu'en notre matière les interprètes aient dû créer eux-mêmes des principes, faute d'en trouver dans la loi. « Nous déclarons d'avance que toute doctrine est impossible ; la quotité disponible est une matière arbitraire que le législateur règle comme il l'entend, et que par conséquent lui seul a le pouvoir de régler » (1). Nous croyons, au contraire, que la loi fournit des principes suffisants pour nous guider ; mais il est incontestable

1. Laurent, Principes de droit civil français, t. XV, n° 342.

qu'elle n'a pas résolu directement la question ; et les systèmes se sont donné libre carrière, sinon sur les règles fondamentales du concours, du moins sur leur application.

M. Demolombe (1) commence par constater qu'il y a accord sur ce point que le disposant a la faculté de répartir les deux disponibles entre son époux et une tierce personne ; et il ajoute que pour fixer les bases de cette répartition, « il y a en présence trois règles principales, « qui se rencontrent partout, dans les livres de la doctrine et dans les arrêts de la jurisprudence...

« *Première règle.* — Le montant cumulé des dispositions faites par l'époux, soit en faveur de son époux, « soit en faveur d'un étranger ou d'un enfant, ne peut « excéder la quotité disponible la plus forte.

« *Deuxième règle.* — Chaque gratifié, soit l'époux, soit « l'étranger ou l'un de ses enfants, ne peut rien recevoir « au-delà de la quotité disponible qui lui est particulière. »

« *Troisième règle.* — L'étranger ou l'enfant ne peut pas « profiter de l'augmentation de la quotité disponible que « la loi a établie en faveur de l'époux. »

Disons tout de suite que l'unanimité n'existe réellement que sur la seconde de ces règles. La première paraît à M. Demolombe lui-même formulée en termes trop absolus. Pour M. Laurent, ce n'est pas la quotité dispo-

1. Demol., Donat., t. VI, n° 510.

nible la plus forte que le montant réuni des deux dispositions ne peut pas excéder; c'est la quotité disponible de droit commun. Le disponible de l'art. 1094 est un disponible exceptionnel; ce n'est pas un maximum que l'époux ait la faculté de distribuer entre l'autre époux et un étranger, même en tenant compte de la seconde règle, c'est-à-dire en ne donnant pas plus à chacun que son disponible particulier ne le comporte. Sur la troisième règle enfin, s'il y a accord (et nous n'oserions le dire) ce n'est en tout cas quedans les mots. Dès qu'on en arrive à l'application, les controverses commencent, et les systèmes se construisent.

Quoiqu'il en soit, nous avons admis, contrairement à l'opinion de Benech, que le disponible entre époux était tantôt supérieur, tantôt inférieur au disponible ordinaire. Cette distinction va nous fournir la division que nous suivrons pour examiner le problème du concours. Dans une première section, nous supposerons le disponible entre époux inférieur au disponible de droit commun (c'est le cas où le disposant ne laisse qu'un enfant). Dans une seconde, nous le supposerons supérieur: ce qui comprend le cas où le disposant laisse, soit trois enfants ou un plus grand nombre, soit des ascendants. Nous y rattacherons l'hypothèse dans laquelle il y a deux enfants pour héritiers, parce qu'elle semble bien y rentrer comme nous l'avons remarqué déjà: un tiers en propriété étant généralement regardé comme une quotité

moindre que un quart en propriété plus un quart en usufruit.

SECTION I. *Le disponible entre époux est inférieur au disponible ordinaire. (Le disposant ne laisse qu'un enfant).*

Ce premier cas ne présente en lui-même aucune difficulté. A un étranger, le disposant pourrait donner moitié en propriété ; à son conjoint il ne peut donner qu'un quart en propriété et un quart en usufruit ; ou bien moitié en usufruit. S'il gratifie à la fois l'un et l'autre, il faut qu'il reste pour chacun d'eux dans les limites qui lui sont propres, et que les deux dispositions cumulées n'excèdent pas moitié en propriété. Dans ces conditions, qui ne font que traduire les deux premières règles énoncées plus haut, l'ordre des dates des libéralités n'a aucune importance. Ainsi, a-t-on commencé par avantager irrévocablement son époux d'un quart en propriété et un quart en usufruit par exemple, on pourra encore donner à l'étranger un quart en nue-propriété ; c'est-à-dire la différence entre les deux disponibles. A-t-on commencé par donner à l'étranger moitié en propriété, on ne peut plus rien donner ni à son époux, ni à personne autre.

Une question peut s'élever cependant. Supposons que la donation faite à l'époux est la première en date, et irrévocable et qu'elle dépasse le disponible de l'art. 1094. Plus tard intervient en faveur d'un tiers une disposition

entre-vifs ou testamentaire qui, par son quantum, pourrait certainement s'exécuter si la donation à l'époux avait été restreinte aux limites normales, c'est-à-dire qu'elle est au plus égale à l'excédent du disponible ordinaire de l'art. 913 sur le disponible spécial. Que va-t-il arriver? Il y a lieu à réduction contre l'époux. Mais ce qu'on se demande, c'est si l'étranger, donataire postérieur ou légataire, et qui veut se faire attribuer l'excédent dont s'agit, va pouvoir exercer lui-même l'action en réduction.

Dans des termes plus précis, un mari a, par contrat de mariage, donné à sa femme, pour le cas où elle lui survivrait, la moitié de ses biens en propriété. Un enfant naît. Le mari, réfléchissant alors que sa donation ne peut comprendre qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, lègue à son frère un quart en nue-propriété, qui deviendra un quart en toute propriété au décès de la femme. Troplong, qui construit en ces termes l'hypothèse, et qui voit dans le legs fait au frère « une sorte de réduction mentale de la donation, » décide non seulement que ce legs sera efficace, mais encore que le frère légataire aura le droit de former lui-même la demande en réduction contre l'époux (1).

Que le legs fait par l'époux donateur dans les limites qui viennent d'être indiquées s'exécute valablement sur les biens existants dans la succession, c'est ce que nous

1. Des don. entre vifs, t. IV, n. 2585 à 2589.

reconnaissons immédiatement ; et jusqu'ici nous suivons la doctrine de Troplong. Sur les biens existants ; encore que, le légataire ayant gain de cause, il ne reste plus assez évidemment pour parfaire la réserve de l'enfant. Cet enfant, pour la compléter, n'aura qu'à exercer lui-même l'action en réduction contre l'époux. En vain objecterait-on que l'art. 921, C. c., ne permet aux donataires et légataires, ni de demander la réduction ni d'en profiter. Tel n'est pas le cas de notre légataire. Il se borne à se défendre ; à soutenir que ce n'est pas lui mais un autre gratifié que la réduction doit atteindre ; à réclamer l'application régulière de l'art. 922 pour déterminer ce qu'il a pu recevoir. Ce n'est ni demander la réduction ni en profiter.

Mais l'art. 921 reprendrait tout son empire, s'il n'y avait pas assez dans les biens de la succession pour exécuter le legs. Permettre au légataire, comme le fait Troplong, de faire lui-même réduire la donation de l'époux, admettre même qu'il se fasse payer sur les biens dont cet époux avait été saisi comme donataire, maintenant rentrés dans la succession par l'effet de la réduction demandée par l'enfant, c'est violer manifestement cet art. 921.

M. Demolombe appelle de son vrai nom l'action en réduction intentée par le légataire : c'est une révocation. « Or, cette liberté de révocation, dit-il, nous la refusons « absolument à l'époux donateur ; non, l'époux qui a « fait une donation de biens présents par contrat de

« mariage à son époux ne peut la révoquer d'aucune
« manière ! et si c'est une donation de biens à venir, il
« ne peut faire que des dispositions modiques dans les
« termes de l'article 1083 (1). »

SECTION II. — *Le disponible entre époux est supérieur au
disponible ordinaire.*

§ I

Le disposant laisse trois enfants ou un plus grand nombre.

Nous sommes amenés ici à sous-distinguer, suivant que la disposition en faveur de l'étranger est antérieure, concomitante, ou postérieure à la disposition en faveur de l'époux. Pourquoi ? C'est que cette question de dates, cette question de l'ordre dans lequel les libéralités se sont produites, va être le point saillant, et en quelque sorte le nœud des difficultés que nous avons annoncées. Il semblerait, à la vérité, que le disponible ne peut pas varier suivant que la disposition en faveur de l'époux est la première ou la dernière. Si l'ordre des dates a une importance, c'est lorsqu'il y a lieu, en fait, à réduction, puisque c'est en comparant les dates qu'on exerce cette réduction ; conformément au principe déposé dans l'art. 923, C. C., qui veut que pour détermi-

1. Demolombe, *Don.*, etc., t. VI, n° 514 ; t. II, n°s 214-215.

ner le moment précis où le disponible est épuisé, on remonte toujours des plus récentes libéralités aux plus anciennes. Ici, le problème est tout autre. Il faut fixer un disponible de conciliation pour des dispositions de nature diverse, si nous osons nous exprimer ainsi. On ne cherche pas comment il faudra réduire, mais quand il y aura lieu à réduire.

Sans doute ; et cette thèse que l'ordre des dates ne fait rien est bien celle que nous soutiendrons. Mais nous verrons tout un système faire de cet ordre des dates la question vitale, et donner des solutions opposées, suivant que la libéralité faite à l'époux précède ou non l'autre libéralité ; parce que pour les partisans de ce système, il dépend de là que l'augmentation de disponible de l'article 1094 profite ou non à l'époux tout seul. Il importe, par conséquent, de distinguer rigoureusement les trois cas qui peuvent se présenter.

Il est à peine utile d'observer que par le mot étranger, nous entendrons dorénavant soit un étranger proprement dit, soit même un enfant de l'époux donateur ; c'est-à-dire, en définitive, tout donataire autre que le conjoint lui-même. C'est le terme consacré en cette matière.

A. — *La disposition en faveur de l'étranger est la première en date.*

L'hypothèse où la disposition en faveur de l'étranger a été faite la première est la moins difficile. Si cette pre-

mière libéralité a épuisé tout le disponible ordinaire, il est évident qu'il ne pourra plus rien être donné en propriété à l'époux : ce serait le cumul ! Mais le principe est que cet époux peut recevoir, d'abord ce qui resterait libre sur le disponible ordinaire après la donation faite à l'étranger ; et ensuite cette portion d'usufruit qui constitue l'excédent de disponible spécial de l'art. 1094. Prenons deux espèces.

Première espèce. — L'étranger a reçu un quart en pleine propriété. L'époux peut-il recevoir par la suite un quart en usufruit ? Oui. Chacun des gratifiés n'obtient pas plus que ne le permettent les règles de disponibilité qui le concernent. Dans l'ensemble, le disponible de droit commun est dépassé, il est vrai ; mais dépassé au profit de l'époux seul, et, ce qui est le point important, dépassé par un bénéfice en usufruit ; dans la limite que l'art. 1094 a tracée et par le genre d'avantages qu'il prévoit.

Cette opinion a été combattue par le raisonnement suivant : Dans l'art. 1094 comparé à l'article 913, on trouve, en faveur de l'époux un supplément au disponible ordinaire, qui vient s'ajouter à ce dernier, comme l'accessoire s'ajoute au principal. Qu'est-ce, en effet, qui motive cette faveur ? Uniquement la considération que le disponible ordinaire répondrait mal à une situation toute spéciale, à des besoins particulièrement dignes d'intérêt. Devant ces besoins, le droit des réservataires s'incline. Que ce soit bien pour l'époux *tout seul* que l'art. 1094 a été fait, c'est ce que prouve, outre sa place dans le cha-

pitre des dispositions entre époux, la teneur même qu'il présente. On peut disposer au profit de son conjoint, dit l'article, de tout ce dont on pourrait disposer en faveur d'un étranger, et *en outre* de l'usufruit de la portion réservée.

C'est en supposant des ascendants pour réservataires, que le texte s'exprime ainsi ; mais, quand il y a trois enfants ou plus, la situation est toute semblable, et la pensée de la loi reste la même. Or, du moment qu'on appelle un tiers à recueillir une partie du disponible de l'art. 1094, et c'est ce qu'on fait en donnant d'abord un quart en propriété à l'étranger, et plus tard un quart en usufruit à l'époux, on s'écarte à la fois et de l'esprit et du texte de notre article. Les besoins qui expliquent la dérogation au droit commun n'existaient pas, puisqu'on n'a même pas donné à l'époux le disponible ordinaire. S'ils avaient existé, les enfants ne se seraient pas plaints, parce que : « il y a un droit plus sacré que le leur, c'est celui du « conjoint, leur père ou leur mère » (1). Autrement, on retombe dans la règle, c'est-à-dire dans l'article 913.

La Cour de Cassation a eu à se prononcer sur la question en 1840, dans une affaire où l'époux donateur laissait un ascendant pour héritier à réserve ; et où l'avantage du quart en usufruit fait à l'époux devait se combiner avec l'avantage des trois-quarts en propriété fait à un étranger. Mais, encore une fois, la solution doit être identique, que

1. Laurent, *op. cit.*, t. XV, n° 361.

nous soyons dans l'art. 913 ou dans l'art. 915. La doctrine de l'indivisibilité du disponible de l'art. 1094 fut défendue par M. l'avocat-général Delangle, dans un éloquent réquisitoire, qui ne parvint pas cependant à entraîner la conviction de la Cour ; et un arrêt demeuré célèbre en notre matière, condamna formellement cette doctrine qui, sauf peut-être le suffrage de M. Laurent, est aujourd'hui généralement repoussée (1).

Où donc a-t-on vu, en effet que, pour pouvoir donner à son conjoint l'usufruit d'un quart à prendre sur la réserve, il faudrait commencer par lui donner le disponible ordinaire ? Est-ce dans les mots : *en outre* qu'emploie l'art. 1094, 1^{er} alinéa ? Mais la conclusion n'est rien moins que plausible ; l'article fixe un maximum de disponibilité entre époux ; *en outre* est une formule conjonctive, voilà tout. Si le législateur avait eu la pensée qu'on lui prête, il n'aurait pas manqué de l'exprimer plus clairement.

On nous dit que l'époux donataire n'a pas besoin du disponible spécial, puisque ce n'est pas à lui qu'on a donné le disponible ordinaire. Mais si on a disposé du quart en propriété avant d'être marié, qu'est-ce que prouve l'argument ?... D'ailleurs, ne peut-on pas donner à son époux une portion seulement du disponible de l'article 1094, même sans avoir rien donné à un étranger ? « Ce n'est donc pas tout ou rien » comme dit M. Demo-

1. Rej. Ch. civ., 18 nov. 1840. Sir. 1841, 4, 90 ; et Dalloz. Disp. entre vifs et test., n° 808, aff. Bonnemains.

lombe (1); alors qu'il importe que l'époux « ait ou n'ait pas
« disposé au profit d'un étranger de la quotité disponible
« ordinaire dès qu'il pouvait n'en pas disposer au profit
« de son conjoint? » Enfin, ainsi que le faisait remarquer
la Cour de Cassation dans l'arrêt précité, le résultat est
exactement le même pour l'ascendant réservataire, que le
disponible ordinaire, le disponible en propriété, soit
donné à un tiers ou à l'époux lui-même. « Soit par l'une
« soit par l'autre disposition, il se trouve privé de l'usu-
« fruit de la portion qui lui est réservée. » Dès lors, il
ne faut plus parler de situation privilégiée, de droit sacré
de l'époux devant lequel le droit de la famille doit s'in-
cliner ! (2)

Deuxième espèce. — Supposons maintenant que c'est
l'étranger qui a reçu d'abord un quart en usufruit : le con-
joint pourra-t-il ensuite recevoir un quart en pleine pro-
priété ? Nous tenons pour la négative. Le maximum de
l'avantage qui pourra lui être fait, c'est par application
du principe posé plus haut : 1° un quart en nue-propriété,
qui s'ajoutant au quart d'usufruit déjà donné forme le
total du disponible ordinaire, c'est-à-dire un quart en
toute propriété ; 2° plus un quart en usufruit, c'est-à-dire
le supplément de disponibilité établi par l'art. 1094, ce
dernier quart grévante la portion réservée aux descen-
dants.

1. Demolombe. Don. et test., t. VI, n° 516.

2. V. Caen, 14 mars 1862 ; Brionne, S. 1862, 2, 361 ; Troplong, t. IV,
n° 2593. 2594.

Avec l'affirmative, il faudrait admettre que ce supplément de l'art. 1094 serait donné à un étranger. Or, dit M. Demolombe « nous tenons pour impossible toute disposition qui aboutirait à mettre dans les mains d'un autre que l'époux du disposant, ce supplément exceptionnel de disponible. » (1)

B. — *La disposition en faveur de l'étranger, et celle en faveur du conjoint sont simultanées.*

Nous arrivons au cas où la disposition en faveur de l'étranger et la disposition en faveur du conjoint sont simultanées ; ce qui se produit quand elles sont contenues dans le même acte de donation entre vifs, ou dans le même testament, ou même encore dans des testaments différents ; car au point de vue de leurs effets, les divers testaments que laisse une personne, n'ont qu'une seule date, celle de son décès.

Nous n'aurions qu'à reproduire ici les solutions que nous avons présentées dans le cas précédent : les motifs sont identiques. Ainsi le legs d'un quart en propriété fait à un étranger, et le legs d'un quart en usufruit fait au conjoint, s'exécuteront intégralement. C'est toujours le même raisonnement : les règles de disponibilité ne sont dépassées ni absolument, ni relativement ; et l'époux seul profite du bénéfice de l'art. 1094.

1. Demol. *op. cit.*, n° 523 ; V. Aubry et Rau, t. VII, § 689, p. 268 (4^e édit.), note 29.

Nous ne reviendrons pas sur l'objection qui consiste à voir dans le supplément que concède cet article, un accessoire inséparable du disponible ordinaire. Nous avons vu ce système repoussé par la Cour de cassation, dans l'hypothèse même où il avait le plus de chances de réussir (arrêt de 1840, aff. Bonnemain, cité plus haut). On se rappelle que le réservataire était alors un ascendant ; avec la théorie qui a triomphé, c'est un tiers qui emporte les trois quarts de la succession en propriété, et le quart même qui revient à cet ascendant est dépouillé de son usufruit au profit de la femme. La raison est choquée ; le cœur est froissé par ce résultat, dira-t-on. Peut-être ; mais logiquement, il est impossible de tirer des principes qui régissent notre matière une conséquence différente : nous croyons l'avoir montré.

D'ailleurs, s'il y avait lieu à réduction, la réduction devrait porter sur l'une et l'autre libéralité, conformément à l'art. 926, bien qu'en soi, ni l'une ni l'autre ne soit excessive. Et, pour arriver à quel maximum, dans les deux dispositions réunies ? Au disponible de l'art. 913, évidemment. Alors, autant effacer du Code l'art. 1094 !

C'est bien en notre sens que la Cour de cassation s'est prononcée, dans une affaire où le testateur, décédé avec quatre enfants, avait par un même testament, légué : 1^o un quart en propriété à l'un de ses enfants par préciput ; 2^o un quart en usufruit à sa femme. Les deux dispositions furent validées (aff. Lebraly, 9 nov. 1846. S. 46.

1. 801). Toutefois, cet arrêt est remarquable en ce qu'il paraît impliquer une décision contraire de la part de la Cour suprême, à supposer que la disposition au profit de l'époux ait été écrite la première. La Cour part de ce principe « que la disposition de l'art. 1094, inspirée au « législateur par le désir de resserrer l'union conjugale, « est personnelle aux époux » ; et que les époux seuls en doivent profiter. Cela posé, si le père de famille a gratifié l'un de ses enfants dans les termes de l'art. 913, rien ne s'oppose à ce qu'il gratifie *ensuite* son conjoint de la différence entre le disponible de cet article et celui de l'art. 1094, parce que « *en ce cas, en effet, le conjoint seul profite de l'extension apportée en sa faveur* à la faculté de disposer ». C'est bien ce qui se rencontrait dans l'espèce jugée le 9 novembre 1846.

Tel est, en effet, le système général de la Cour, révélé par les attendus de l'arrêt précité. Nous y faisons allusion en disant que, dans une opinion, la question de priorité entre la disposition au profit de l'époux, et celle faite au profit de l'étranger était la règle même du disponible. Nous essaierons de montrer tout à l'heure que cette opinion est erronée. Mais en l'admettant même, comme principe, il ne faudrait pas l'appliquer au cas où les deux dispositions sont contenues dans le même testament ou dans la même donation.

« Quand les deux libéralités, au lieu de résulter de deux actes séparées, seront écrites dans le même acte, « *eodem tempore, eodem contextu*, faudra-t-il se laisser pré-

« occuper de la condition de priorité, au point de recher-
« cher minutieusement dans cet acte, laquelle des deux
« libéralités est sortie la première de la bouche ou de la
« plume du disposant ?... La quotité la plus étendue se-
« ra-t-elle ou non disponible, selon qu'on aura commencé
« dans l'acte par nommer le conjoint ou l'enfant ? Tout
« dépendra-t-il d'une intention involontaire ou dont peu
« de gens comprendront l'irritante signification?... » Ces
paroles sont celles de M. le conseiller Mesnard, dans son
rapport sur une affaire qui vint devant la Cour de cassa-
tion le 20 décembre 1847. Et il conclut en invitant la
Cour à ne pas pousser la rigueur de son système jusqu'au
point de faire effort « pour séparer par des intervalles de
« temps souvent arbitraires des dispositions essentielle-
« ment contemporaines, ou auxquelles on ne peut assi-
« gner d'autre élément d'antériorité relative que le
« moment fugitif employé par le disposant pour expri-
« mer ou manifester sa volonté. » L'arrêt fut dans le sens
du rapport (1).

Nous n'hésiterions pas d'ailleurs à donner la même so-
lution, si les deux dispositions étaient consignées dans
deux testaments différents. Elles sont simultanées dans
leurs effets; c'est ainsi que les considère l'art. 926, au
point de vue de la réduction, et il n'y a pas de bonne
raison, en effet pour préférer l'une à l'autre (2). Troplong,

1. Cass. req., 20 déc. 1847. Vessigaud. S. 1848. 1. 231. — V. aussi
Cass. 3 mai 1864. Coudere. S. 64. 1. 273 et 4 janvier 1869. Gayet. S. 69.
1. 145.

2. En ce sens Demolombe, Don. t. VI, n° 519. — Colmet de Santerre,
t. IV, n° 281 bis, VI. — Aubry et Rau, t. VII § 689, note 32.

tout en trouvant la question plus délicate, la tranche de même (1).

Que si, renversant l'hypothèse précédente, nous supposons le legs d'un quart en usufruit fait à l'étranger et le legs d'un quart en propriété fait au conjoint, il y aura lieu à réduction bien que les deux legs réunis ne dépassent pas le disponible de l'art. 1094, parce que l'excédent de disponible de cet article, sur l'art. 913, ne va pas à celui-là seul qui doit en profiter, le conjoint. C'est une conséquence de la théorie plus générale que nous allons formuler en examinant le troisième cas, celui où la disposition irrévocable en faveur de l'époux précède la donation ou le legs en faveur de l'étranger.

C. La disposition en faveur du conjoint est la première.

C'est sur ce cas que les dissentiments se sont affirmés, d'une part, entre les auteurs en général et la jurisprudence; d'autre part dans les rangs même des interprètes.

Nous commencerons par poser les bases de la théorie d'ensemble que nous croyons devoir suivre: c'est celle qu'enseigne M. Demolombe, en conformité de vues avec Benech et avec M. le président Réquier. Elle repose sur la distinction suivante :

La disposition en faveur de l'époux est-elle en propriété? Elle s'impute sur le disponible de l'article 913.

1. Troplong, t. IV, n° 2608.

La disposition en faveur de l'époux est-elle en usufruit ? Elle s'impute à due concurrence sur le disponible spécial de l'art. 1094.

Quelle que soit la date respective des deux libéralités, elles doivent être maintenues, si cette triple condition est réalisée ; — Que ni l'un ni l'autre des gratifiés n'ait reçu plus que ne le comporte son disponible particulier. — Que réunies, les deux dispositions n'excèdent pas quant à la pleine propriété le disponible ordinaire. — Et enfin, que l'augmentation de disponible en usufruit, accordée par l'art. 1094, ne soit attribuée qu'à l'époux (1).

La démonstration de ce système est plus qu'à moitié faite avec ce qui a été dit précédemment sur les travaux préparatoires du Code civil, particulièrement à propos du cumul.

Rappelons en deux mots qu'aux termes du projet de l'an VIII, ce qui distinguait l'époux d'un gratifié ordinaire, c'est qu'il pouvait recevoir, en plus que celui-ci, l'usufruit de la réserve, pour le tout ou pour partie, suivant la qualité des réservataires. Mais le disponible en propriété était le même. « On assurait ainsi au survivant, » dit Réquier (*op. cit.*, p. 113) une existence conforme à « celle qu'il avait eue pendant la durée du mariage, sans « faire passer dans une famille étrangère les biens affectés à la réserve des héritiers. »

1. V. Benech. Quotité disponible entre époux, 3^e partie. — Réquier. Combinaison des art. 913 et 1094. *Revue hist. de droit français et étrang.*, t. X (1864), p. 97 et s. — Demol. Don. et test. VI, n^{os} 520 et s. — Valette, *Mélanges de droit, de jur. et de législ.*, publiés par MM. Hérol et Lyon-Caen, t. I, B. p. 303 et s.

Le disponible ordinaire a changé en l'an XI ; de fixe qu'il était, il est devenu proportionnel au nombre des enfants. Mais le disponible entre époux n'a pas été modifié ; en augmentant ce disponible quant à la propriété, on aurait pu craindre de favoriser les seconds mariages. En somme, ce qu'on peut donner à un époux, en vertu de l'art. 1094, et en cela se retrouve la pensée des auteurs du projet, c'est toujours, en premier lieu, la quotité disponible ordinaire, en totalité ou en partie : « L'époux qui « fait à son conjoint une donation en propriété, dit en- « core Réquier, ne peut la prendre que sur la quotité « disponible des art. 913 et 915. » En second lieu, c'est l'usufruit de la réserve, soit pour le tout, soit pour le quart au maximum, suivant qu'on est en présence d'ascendants ou de descendants. En cela consiste l'avantage spécial dont l'époux, mais l'époux tout seul, peut bénéficier.

Si cette théorie est bien fondée, voici les solutions qui en découlent naturellement : par contrat de mariage, on donne à son conjoint un quart en pleine propriété. Il y a trois enfants ou plus. Peut-on donner ultérieurement un quart en usufruit à un étranger ? Évidemment non. Car ce quart d'usufruit repose sur la réserve, et celle-ci ne peut être grevée d'usufruit que dans l'intérêt exclusif de l'époux du donateur. Par contrat de mariage toujours, l'époux a reçu moitié en usufruit. Le donateur pourra-t-il, par la suite, disposer d'un quart en nue-propriété au profit de l'un de ses enfants ou d'un étranger ? Oui, cette

fois. Si, en effet, le législateur, dans l'art. 1094, permet à l'époux qui a trois enfants de donner à son conjoint la moitié en usufruit de ses biens, c'est qu'il l'autorise implicitement à prendre un quart d'usufruit sur la réserve, puisque le disponible de l'art. 913 n'est que d'un quart. Or, voilà précisément ce qui se passe dans notre hypothèse. Un quart d'usufruit est pris sur la réserve des enfants et un quart sur le disponible de l'art. 913, ce qui forme la part de l'époux. Reste libre la nue-propriété de ce dernier quart, que l'on peut ainsi donner à l'étranger.

Nous allons essayer de consolider cette doctrine, en combattant les systèmes adverses, que l'on peut ramener à deux principaux :

I. — Le premier ne tient compte ni de l'ordre des dates, ni de la nature des libéralités ; les deux dispositions sont maintenues toutes les fois que, dans l'ensemble, elles ne dépassent pas le disponible exceptionnel, et que celle qui est faite à l'étranger n'excède pas le disponible ordinaire ; il est indifférent que l'étranger soit gratifié en toute propriété ou en usufruit seulement.

Ce système a été soutenu longtemps par MM. Aubry et Rau (1). Ils invoquaient les arguments suivants :

L'extension de disponible de l'art. 1094 est tout aussi onéreuse pour les descendants quand l'usufruit est donné à leur père ou à leur mère, que quand il est donné à un étranger. Benech soutient le contraire (*op. cit.* p.

1. Aubry et Rau. Cours de droit civil d'après Zachariæ, 3^e édition, t. V, § 689, note 20.

260 et s.) en disant que la cession d'un usufruit est difficile ; que, par suite, l'attribution en usufruit faite à leur père ou à leur mère met les enfants à l'abri d'une demande en pension alimentaire de la part de ces derniers. Or, un usufruit est parfaitement aliénable ; même constitué à titre gratuit, il est en général saisissable ; donc, il n'y a vraiment aucune sécurité pour les enfants, au point de vue de la dette d'aliments. Donc ce n'est pas cette considération qui a guidé le législateur, et il n'a pas pu vouloir que l'usufruit de l'art. 1094 ne profitât jamais à un tiers. Au contraire, à quotité égale, les enfants ont plutôt intérêt à ce que l'usufruit soit pour le tiers, et la pleine propriété pour leur père ou leur mère ; ils retrouveront cette propriété dans leur succession. Enfin, les conséquences de l'autre doctrine sont inconciliables avec l'esprit de l'art. 1094. Soit un legs d'un quart en propriété à l'époux, et d'un quart en usufruit à l'étranger. Elle réduit les deux légataires ; elle réduirait même l'époux seul, s'il était légataire, et l'étranger donataire. Et à lui seul, l'époux aurait pu recevoir les deux libéralités ! Sans oublier que, de cette façon, le but supposé de la loi est toujours manqué, puisque la réduction n'empêchera pas l'étranger d'être un usufruitier, pour partie au moins.

MM. Aubry et Rau, dans leur 4^e édition, (1) ont abandonné ce système. M. Colmet de Santerre, qui le soutient,

1. Tome VII, § 689, note 26.

y fait pourtant une réserve importante : « Il ne faut pas, « dit-il, que sous l'apparence d'une libéralité restreinte « aux limites fixées par l'art. 1094, le second donataire « reçoive une donation portant à la réserve une atteinte « plus grande que la libéralité qu'on aurait pu faire à « l'époux. Ainsi, quand le conjoint a reçu un quart en « pleine propriété, l'enfant ou l'étranger pourra bien recevoir un quart en usufruit ; seulement cet usufruit « devra être établi sur la tête du conjoint, et non sur « celle du second donataire : soumis aux chances de vie « et de mort du conjoint et non du donataire. » (1) Le législateur a dû, en effet, en édictant l'art. 1094, prendre en considération l'âge probable du conjoint.

Nous ajouterons à cette observation que le législateur a certainement aussi songé à la qualité même de l'époux. Cet usufruit qu'il lui permet de recevoir, les enfants en profiteront de façon ou d'autre, par la communauté d'habitation par exemple, par un allègement correspondant de l'obligation alimentaire à laquelle ils sont soumis. Il n'est donc pas exact de dire que la situation sera la même pour eux que si l'usufruitier était un étranger. On a objecté que leur intérêt était au contraire que la propriété fût donnée à leur père ou à leur mère, et l'usufruit à l'étranger, parce que donnée à l'étranger, la propriété est irrévocablement perdue pour eux. Il se peut ; mais ce n'est pas une raison pour chercher l'intention du législa-

1. M. Colmet de Santerre, t. IV, n. 281 bis, V.

teur ailleurs que dans l'art. 1094 lui-même. Or, c'est bien clairement en faveur de l'époux que cet art. ajoute un supplément en usufruit au disponible ordinaire ; les travaux préparatoires corroborent le texte de façon à dissiper les derniers doutes sur l'esprit qui l'a inspiré ; enfin, avantager l'époux par de l'usufruit, c'est comme l'a remarqué Benech (p. 262) rester en harmonie avec le passé.

« C'est avec intention, et une intention fort sage, venue
« de l'inspiration des traditions anciennes, c'est-à-dire
« du douaire, de l'augment et du contre augment, que cet
« excédent de la quotité disponible entre époux sur la
« quotité disponible ordinaire avait été fixé à une quo-
« tité d'usufruit. » Dans notre ancienne France, l'*acquit-
tement de la dette sacrée* résultant du mariage, pour em-
ployer les expressions du même auteur, se traduisait, de
par la loi même, en gains usufructuaires, assurant l'ave-
nir du conjoint ; l'avantage devra être stipulé aujourd'hui,
mais sa nature restera la même.

Enfin, n'est-ce pas reconnaître implicitement que la disposition en usufruit n'est permise qu'en faveur de l'époux, que lui seul peut y prétendre, que de faire reposer cet usufruit sur la tête dudit époux, comme M. Colmet de Santerre est conduit à l'enseigner ?

On dit aussi que notre système mène à des conséquences inadmissibles, telles que la réduction de deux libéralités qui, réunies, parviendraient sans difficulté à l'époux, et qui s'adressant à deux titulaires différents (dont l'époux) vont être frappées l'une et l'autre. C'est aller contre

l'art. 1094, s'écrie-t-on ! Mais, sans doute. C'est que nous ne sommes plus dans le domaine de l'art. 1094. Du moment que la disposition d'un quart en usufruit n'est pas en faveur de l'époux, nous rentrons dans l'art. 913. Pour l'étranger gratifié, il n'y a que l'art. 913. Le même art. forme le terrain commun à l'étranger et à l'époux, quand celui-ci reçoit de la propriété. Il n'est que logique, au cas où l'art. 913 est excédé, d'appliquer les règles ordinaires de la réduction (1).

II. — D'après un autre système, la disposition irrévocable faite la première en faveur de l'époux, s'impute dans tous les cas sur le disponible de l'art. 913, qu'elle épuise ou qu'elle diminue d'autant. Que l'époux soit gratifié en usufruit ou en propriété, peu importe, on ne distingue pas. Ce système, déjà annoncé plus haut, est celui que la Cour de cassation professe depuis nombre d'années. L'espèce sur laquelle on raisonne d'habitude est la suivante. Un époux, par contrat de mariage, a donné à sa femme l'usufruit de la moitié des biens qu'il laisserait à son décès. Cet époux meurt, laissant trois enfants, après avoir légué à l'un de ses enfants, par préciput, un quart des mêmes biens en nue propriété. On demande si ce dernier legs pourra s'exécuter. La Cour de cassation répond négativement.

Les arguments qu'elle invoque peuvent se résumer ainsi :

1. Comp. Proudhon. Usufruit, I, n. 360 ; Marcadé, t. IV, n. 365 et s.

1^o D'une part, il est entendu que l'art. 1094 est fait pour l'époux seul. Pour tout autre que lui, la règle du disponible est dans l'art. 913. Or, quand la donation à l'époux, première en date, s'est élevée à moitié des biens en usufruit, elle a atteint la limite de l'art. 913, parce que moitié en usufruit équivaut, en général, à un quart en propriété. Donc, l'étranger ne peut plus rien recevoir par la suite ; autrement il lui serait plus avantageux de concourir avec l'époux, qu'avec un donataire ordinaire, c'est-à-dire qu'il se prévaudrait, lui étranger, de l'article 1094.

2^o D'autre part, quand la loi nous offre, à côté du disponible ordinaire, un disponible extraordinaire, plus favorable (celui de l'art. 1094), la logique commande qu'on ne recoure aux ressources exceptionnelles qu'après s'être servi du fonds ordinaire. C'est ce que le disposant est censé toujours faire. En conséquence, la première disposition devra s'imputer toujours sur l'art. 913, tout aussi bien quand elle s'adresse au conjoint, que lorsqu'elle est faite en faveur d'un étranger ; et en quoi que consiste d'ailleurs cette disposition.

Telle est cette doctrine, que la Cour de cassation a inaugurée le 7 janvier 1824 (aff. Ratard, Sir. 1833, 1, 506) ; qu'elle a toujours maintenue avec une remarquable fermeté, et à laquelle en dépit des vives attaques des interprètes, et de la résistance d'un certain nombre de Cours d'appel, il semble que gain de cause doive rester en définitive, dans le domaine de la jurisprudence, puis-

que plusieurs même des Cours qui l'avaient combattue, ont fini par s'y rallier (1). L'espèce où elle s'est produite tout d'abord est précisément celle que nous avons exposée tout à l'heure. Et, par la suite, la question s'est presque toujours présentée dans les mêmes termes, ce qu'explique ce fait que les donations entre époux par contrat de mariage sont souvent de moitié en usufruit.

Quoiqu'il en soit, le système de la Cour de cassation est très généralement repoussé par les auteurs. Si Trolong lui est nettement favorable (t. IV, nos 2600 et s.), Marcadé (*loc. supra cit.*) ne l'approuve que comme question de principe, c'est-à-dire en ce sens qu'il faut imputer les libéralités sur le disponible ordinaire, avant d'aborder le disponible exceptionnel. Mais il se hâte de modifier le principe par une distinction capitale. Toutes les fois que l'imputation de la donation en faveur de l'époux peut se faire aussi bien sur le disponible ordinaire que sur l'autre, c'est-à-dire sur l'article 913 comme sur l'art. 1094, c'est sur l'art. 913 qu'il faut la faire. « La donation a frappé nécessairement, légalement (et quand même le donateur aurait dit le contraire) sur le disponible ordinaire ; et on ne pourra plus dès lors don-

1. V. Cass. 21 mars 1837. Gory. S. 1837, 1, 273. — 24 juillet 1839. de Verchères S. 1839, 1, 633. — 22 nov. 1843. Goynes. S. 1844, 1, 69. Et pour le dernier état de la jurisprudence ; 11 janvier 1853 de Chanaleilles. S. 53, 1, 65, 2 août 1853. Lamarque, S. 53, 1, 728. — V. aussi Agen, 12 déc. 1866, S. 68, 2, 37. — Toulouse 20 déc. 1871, Pagès S. 72, 2, 97. — V. en sens contraire, Riom, 21 mai 1853. Bony S. 53, 2, 591. Trib. civ. de Melun, 7 mai 1875. Provot, jour. *le Droit*, n° du 4 sep. 1875.

« ner à un étranger que ce qui peut rester de ce dispo-
« nible, après déduction de l'objet déjà donné ». Mais il
en est tout autrement quand précisément l'époux qui a
trois enfants a donné à son conjoint la moitié de ses
biens en usufruit. « Il est clair que la donation ne peut
« plus se dire faite légalement d'après les art. 913-917,
« et au moyen du disponible ordinaire, puisque d'après
« ces articles, on n'aurait pu donner que un quart d'u-
« sufruit. Il est clair que légalement la donation est faite
« en vertu de l'art. 1094. Donc la partie du disponible
« ordinaire que n'a pas emportée le don du disponible
« extraordinaire, reste libre aux mains du donateur ; et
« cette partie qui est ici un quart de nue-propiété, peut
« être donnée postérieurement à qui l'on voudra » (1).

Quels griefs formule-t-on contre la jurisprudence de la
Cour de cassation ?

A. Le moins qu'on lui reproche, est de ne pas être
conséquente avec elle-même. Comment ! Trouvant dans le
même testament un legs de moitié en usufruit en faveur
de l'époux, et un legs d'un quart en nue-propiété fait
par préciput à un enfant, elle validerait l'une et l'autre
disposition. « S'il est vrai que quand l'un des conjoints a
« épuisé dans une première libéralité au profit de son
« conjoint, la quotité déterminée par l'art. 1094, toute
« disposition ultérieure est interdite, il en doit être au-
« trement dans le cas où la disposition faite en faveur du

1. Marcade, t. IV, art. 1100, n. 368. 368 bis.

« conjoint et la libéralité faite à l'un de ses enfants, se
« trouvant écrites dans le même acte, doivent être con-
« sidérées comme faites au même moment ; en pareil cas
« il doit être admis que le disposant a eu l'intention d'u-
« ser de la quotité disponible la plus élevée que la loi
« met à sa disposition » (1). La Cour validerait encore
ces deux libéralités si l'enfant était gratifié par une do-
nation, et l'époux par une donation postérieure, ou par
un testament. Et voici qu'en renversant l'ordre des dates,
la décision changerait !

« Comme si jamais, dit M. Valette (*loc. cit.*), la réserve
des enfants pourrait varier au gré du donateur, suivant
la fantaisie qu'il aurait eue de commencer par l'une des
donations avant de s'occuper de l'autre ». Comme si les
raisons qui peuvent militer en faveur du système de la
jurisprudence dans un cas, ne se retrouvaient pas dans
l'autre avec la même force. Valider le legs d'un quart en
nue propriété fait à l'étranger, après qu'une donation de
moitié en usufruit a été faite à l'époux, c'est, dit la Cour
de cassation, faire profiter l'étranger de l'art. 1094 ; car
si l'époux avait été un étranger lui-même, la seconde li-
béralité ne pourrait s'exécuter. Admettons que le raison-
nement soit concluant. Mais est-ce qu'il n'en est pas exac-
tement de même quand il s'agit de deux legs consignés
au même testament ? Supposons, pour un moment, que
l'époux légataire est un second étranger ; il y aura lieu à

1. Arrêt du 20 déc. 1847, précité. Sir. 1848, 1, 231.

réduction. Donc la Cour de cassation reconnaîtrait, dans un cas au moins, que l'étranger profite de l'art. 1094.

Et cette intention, que le disposant est présumé avoir eue, d'user du disponible le plus élevé qu'il trouvait dans la loi, est-ce qu'elle ne doit pas toujours être la même ? Est-ce qu'on ne peut pas aussi légitimement la supposer quand l'époux est gratifié le premier ? Par conséquent, quel que soit le mérite des arguments sur lesquels s'appuie la Cour de cassation, elle a au moins le tort de distinguer entre deux situations qui, au fond, sont identiques.

B. — Mais, ces arguments eux-mêmes, nous ne les croyons pas exacts. En premier lieu, quand nous disons, d'accord avec le système de la Cour, que le legs d'un quart en nue propriété fait à l'étranger et le legs de moitié en usufruit fait à l'époux, s'exécuteront tous deux ; quand, d'autre part, nous admettons en concurrence des libéralités semblables, faites par donations entre-vifs, quelles qu'en soient d'ailleurs les dates respectives, nous ne faisons pas pour cela profiter l'étranger d'une extension de disponible qui n'a pas été imaginée dans son intérêt. Cet étranger, donataire postérieur ou légataire, va être mieux traité parce qu'il concourt avec l'époux que s'il concourait avec un autre étranger. C'est évident ; mais nous ne pouvons pas plus empêcher ce résultat que supprimer la qualité d'époux chez l'époux, et effacer l'art. 1094 du Code civil.

Mais quand serait-il vrai de dire que l'étranger profite de

l'augmentation de disponible que l'art. 1094 a créée? C'est, comme dit M. Demolombe, s'il obtenait « ce en quoi consiste cette augmentation », c'est-à-dire une portion d'usufruit portant sur la réserve des héritiers. Toutes les fois, au contraire, que cet usufruit sera attribué à l'époux, il faudra reconnaître que c'est l'époux seul qui trouve dans l'art. 1094 le bénéfice tout personnel que le législateur y a voulu mettre en effet. Et, du moment que cette condition est réalisée, la quotité disponible ordinaire (ou ce qui en resterait libre) sera valablement donnée à l'étranger ou à l'enfant, à l'époque et par le mode de libéralité que l'on voudra. Peu importe l'ordre des dates, « chacun des donataires, dit très bien M. Réquier, puisera toujours son droit dans l'art. du Code qui est fait pour lui ; et ni l'un ni l'autre n'invoquera pour le faire valoir, la disposition qui lui est étrangère. L'époux qui demandera la délivrance de son usufruit fondera toujours sa demande sur l'art. 1094. L'enfant ne pourra fonder la sienne que sur l'art. 913 » (*op. cit.*, p. 104).

C. — Nous ne trouvons pas plus décisif l'autre argument de la Cour de cassation qui consiste à dire qu'étant donné deux disponibles, l'un ordinaire, l'autre de supplément ou d'exception, il est naturel de prendre sur le premier toutes les libéralités avant d'entamer le second ; que dès lors le donateur sera présumé avoir toujours procédé ainsi.

Cette présomption ne se justifie ni en fait ni en droit. En fait, il est infiniment probable que l'époux donateur

a voulu user du disponible qui lui laisserait le plus de latitude dans l'avenir, et non de celui qui d'un seul coup épuiserait tout son pouvoir. Voilà l'intention naturelle, et c'est celle que la Cour suprême elle-même indique dans son arrêt de 1847. Il se peut d'ailleurs que, par sa première libéralité, le disposant n'ait pas entendu donner tout le disponible de l'art. 913, bien que le résultat final soit celui-là (en prenant le mode d'évaluation de la Cour). On n'a qu'à supposer la donation de l'usufruit d'un bien particulier, qui, eu égard à l'état de la fortune du disposant au jour de l'acte, ne représentait pas moitié du patrimoine. L'argument tiré de l'intention qu'on doit présumer chez le donateur ne résiste pas à cette considération.

En droit, ce n'est qu'au décès du disposant que se détermine, d'après la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer (art. 920 et 922). Jusque là, il n'y a ni quotité disponible ni réserve. Au décès, on verra si l'ensemble des libéralités, entre-vifs ou testamentaires, dépasse le disponible permis, et on les réduira, s'il y a lieu, en commençant par les legs, et en prenant ensuite les plus récentes des donations.

Mais, en attendant, la question de priorité ne s'élève pas ; le disposant peut prendre sa libéralité où il l'entend, en allant jusqu'aux limites du disponible le plus large ; il n'y a aucun motif juridique pour lui fermer le disponible de l'art. 1094, avant qu'il ait épuisé celui de l'art. 913.

Ce qui est logique, c'est d'imputer toujours, comme nous le demandons, la disposition au profit de l'époux sur l'art. 1094, quand elle est en usufruit. Toujours, disons-nous ; même quand cette imputation pourrait aussi bien se faire sur le disponible ordinaire que sur l'autre, comme, par exemple, si la donation d'usufruit faite à l'époux n'était que d'un quart. Et c'est en quoi nous n'admettons pas la thèse de Marcadé (n° 368), que nous citons tout à l'heure. Marcadé, quand faire se peut, impute la disposition d'usufruit sur l'art. 913, ce qui diminue d'autant la disponibilité ordinaire. C'est ne pas tenir compte de ce qui est forcément au fond de la pensée du disposant ; à savoir qu'en gratifiant son époux, il entend se réserver, aussi large que possible, le cercle des libéralités dans lequel il pourra encore se mouvoir.

D. — On objecte encore au système de la Cour de cassation, qu'il dénature le caractère de la donation d'usufruit faite à l'époux, puisqu'il la transforme en donation de propriété. Conversion fictive, dit M. Troplong, et qui se borne à rechercher l'étendue du don : simple calcul et non transformation véritable (n° 2603). Mais transformation des plus graves, répondrons-nous ; puisqu'elle entraîne l'indisponibilité de ce quart en nue propriété qui, autrement, resterait libre aux mains du donateur.

Ce n'est pas tout. Cette conversion, fictive si l'on veut, demande une évaluation de l'usufruit. Sans cela, comment décider de la validité ou de l'étendue du don postérieur fait à l'étranger ? Eh bien, en exposant la néces-

sité de cette évaluation, les auteurs dont nous suivons la doctrine ne trouvent pas d'expressions assez énergiques pour en montrer l'incertitude et pour en flétrir l'immoralité.

Un usufruit à évaluer est la chose du monde qui prête le plus à l'arbitraire. Les tribunaux ont pris pour règle que l'usufruit vaut moitié de la propriété ; c'est ce que la loi fiscale avait posé en principe (l. du 22 frimaire an VII, a. 14, § 11 et a. 15, §§ 7 et 8), dans le but spécial d'assurer le recouvrement des droits de mutation et d'écarter les contestations. Mais non seulement cette règle n'oblige pas le juge en toute matière, elle aboutirait au ridicule (1) ; mais l'analogie même n'aurait rien de légal. On retombe donc dans l'appréciation des faits ; dans les difficultés qu'a connues notre ancienne jurisprudence, et que le Code a écartées en matière de disponible ordinaire par l'art. 917, comme il les écartait en matière de contribution aux dettes par l'art. 612.

Admettra-t-on qu'il les ait laissées subsister dans notre cas ? Admettra-t-on, comme le remarque M. le président Réquier, que la loi ait placé le père de famille en face de cette énigme qui consiste à deviner ce que vaudra, à son décès, l'usufruit de telle ou telle portion de ses biens, qu'il donne aujourd'hui à son conjoint, et qui reposera alors sur la tête de ce conjoint ? Et c'est indispensable, cependant ; afin de savoir lequel des deux disponibles,

1. Proudhon, Usufruit, I, n° 364.

de l'art. 913 ou de l'art. 1094 (comme usufruit), est le plus fort, et de commencer en conséquence par gratifier soit le conjoint, soit l'enfant ou l'étranger.

L'évaluation de l'usufruit n'est pas seulement difficile ; elle est profondément regrettable. Quels sont les réservataires ? Les enfants. Quel est l'usufruitier ? Leur père ou leur mère. « C'est au nom des enfants, dit M. Demolombe (n° 530), que l'on viendrait supputer le nombre d'années qui lui reste encore à vivre ; et il faudrait visiter sa personne, scruter ses maladies les plus secrètes, pour mesurer aussi exactement que possible la durée probable de son existence. » Résultat immoral, et qui suffirait à lui seul à condamner le système de la Cour de cassation.

E. — Un dernier reproche se fonde sur les conséquences déplorables auxquelles ce système conduit au point de vue de l'intérêt bien entendu de la famille et de la société.

Que l'époux puisse, en se mariant, gratifier son épouse d'un usufruit qui assurera l'avenir de cette dernière, c'est l'inspiration de l'affection la plus légitime ; c'est aussi le vœu de la loi qui favorise incontestablement le mariage par tous les moyens. Que le père de famille trouve dans l'art. 913 le droit de récompenser dans un de ses enfants la piété filiale dont il aura plus particulièrement fait preuve, c'est, en même temps qu'une satisfaction donnée à l'esprit de justice, la sanction la plus efficace peut-être de l'autorité paternelle. Or, la théorie que défend

la Cour de cassation ne permet pas d'user à la fois de l'une et de l'autre faculté, si ce n'est en suivant un ordre chronologique qui est justement l'inverse de l'ordre des événements.

De sorte qu'on enferme le futur époux dans une alternative dont les deux termes sont également pénibles. Ou bien il doit renoncer à acquitter cette dette que sa conscience lui montre au seuil même du mariage, et qui consiste à préparer à son épouse une situation honorable quels que soient les événements. Qui sait même ? Peut-être va-t-il manquer une union dont la donation réciproque en usufruit serait la condition ? Ou bien, il faut qu'il dépouille par avance son autorité paternelle du puissant auxiliaire que la loi lui offrait, sous forme des avantages préciputaires à faire à l'un ou plusieurs de ses enfants.

Ce dernier résultat n'effraie guère Troplong. « Il est
« vrai que le père a diminué son pouvoir coercitif et qu'il
« lui est plus difficile de récompenser et de punir : ce
« sera à lui à veiller de plus près sur le moral de ses en-
« fants, pour obtenir par l'éducation ce qu'il est toujours
« pénible d'obtenir par la contrainte ou la menace... Je
« ne vois pas un mal immense dans une situation qui
« maintient l'égalité entre enfants et rend plus difficile
« l'exercice du pouvoir qui permet de la briser. » (N° 2602).
Cependant si le législateur n'avait pas voulu qu'un père pût favoriser un de ces enfants par une disposition préciputaire, l'art. 919 du C. c. n'existerait pas !

On ne saurait trop appuyer sur les inconvénients d'une

jurisprudence qui prohibe justement le concours des deux libéralités dans l'hypothèse où la donation faite à l'époux est la première en date, hypothèse la plus fréquente, la plus naturelle, la plus favorable. Pour nous résigner à de telles conséquences, il faudrait être bien sûr qu'elles sont dans la loi : et nous espérons avoir montré le contraire.

Les stipulations de gains de survie sont plus nécessaires que jamais quand les époux sont soumis à un régime matrimonial qui maintient leurs deux fortunes nettement séparées. Aussi le système de la Cour de cassation, qui apporte en fait des entraves à ce genre de stipulation, puisqu'il ne permet pas de les combiner avec les dons préciputaires à faire aux enfants au cours du mariage, a-t-il rencontré dans le midi de la France l'hostilité la plus vive, soit dans le sentiment général, soit dans les décisions des tribunaux. Benech traduit cette impression en termes vigoureux : (p. 11, *op. cit.*) « Eclose sous l'influence
« mystique des habitudes du Nord, où le régime de la com-
« munauté, par la confusion du mobilier des époux et des
« acquêts qu'ils ont faits pendant le mariage a voilé quel-
« ques-uns de ses inconvénients, cette jurisprudence a pesé
« de tout son poids sur les provinces méridionales inféo-
« dées au régime dotal, qui met à nu tous les vices dont elle
« est entachée. » Et le même auteur ne craint pas de consacrer toute la quatrième partie de son traité à l'indication des moyens à prendre pour tourner d'une manière licite cette jurisprudence qu'il qualifie quelque part de *meurtrière*.

Supposons que la donation de moitié en usufruit à

l'époux a été faite par contrat de mariage, sans aucune restriction. Le procédé pour combiner, avec cette donation, la disposition en faveur d'un enfant ou d'un étranger de la nue-propriété d'un quart, ne présente aucune complication. Il suffit qu'après avoir gratifié l'enfant ou l'étranger, l'époux donateur recommence, par forme de donation ou de legs, l'avantage même qu'il avait fait à son conjoint par contrat. Ce dernier, à la mort du disposant, commencera par renoncer à l'avantage contractuel, qui dès lors, sera censé n'avoir jamais existé (arg. art. 785) ; d'où la conséquence que la quotité disponible de l'époux donateur est restée entière (1). Ensuite, l'époux donataire acceptera l'avantage fait pendant le mariage, lequel, étant postérieur ou concomitant à la libéralité faite à l'étranger, vaudra d'après la jurisprudence.

Il est évident qu'il n'y a dans tout cela qu'un détour assez peu sérieux. Ce serait même une raison de plus pour croire que la jurisprudence a mal rendu la pensée de la loi, que de voir la facilité avec laquelle il serait permis de l'éluder. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a formellement reconnu qu'en agissant comme nous venons de l'indiquer, la femme donataire de son mari obéissait à un intérêt positif et légitime, et que par suite son choix devait être confirmé : « La femme qui a deux titres
« pour exercer le même droit ne commet aucune fraude
« à la loi, quand elle choisit celui des deux titres qui lui

1. V. Douai, 4 mai 1865. Dalloz, 1867, 1, 502. Tondelier, Rouen, 18 mai 1876. Tièche, S. 77, 2, 139.

« convient le mieux. » (1) — Si la donation de moitié en usufruit a été faite au cours du mariage, c'est encore plus simple. L'époux donateur la révoquera, conformément à l'art. 1096, pour la recommencer aussitôt après qu'il aura donné le quart en nue-propriété à l'un de ses enfants, ou à un étranger. Le résultat sera exactement le même qu'avant, sauf que le conjoint aura été gratifié postérieurement à l'étranger, ce qui donne satisfaction à la jurisprudence.

Voilà les moyens de remédier à une situation déjà existante. Pour l'avenir, il faut qu'en donnant à son conjoint moitié en usufruit par contrat de mariage, on ait soin d'affecter cette donation d'une condition résolutoire potestative qui permette de faire prendre rang sur elle à la donation préciputaire que l'on fera plus tard à un enfant. Une telle condition est valable d'après les art. 1086 et 1093, C. c.. On dira donc, non pas « qu'on déclare imputer la donation faite à l'époux sur l'art. 1094, pour se réserver libre le domaine de l'art. 913. » Cette déclaration serait vaine, si la loi, comme la Cour de cassation le prétend, réglait l'imputation autrement ; c'est-à-dire en prenant toujours sur l'art. 913. Mais on dira que le don fait à l'époux de moitié en usufruit est subordonné à cette condition « qu'il ne sera exécuté que tout prélèvement fait du don ou du legs qu'on pourra faire ultérieurement à un enfant ou à un étranger. » (2)

1. 3 juin 1863. *Mol.* Sir. 1863, 1, 417.

2. *Benech, op. cit.*, p. 476. *Demol.*, Donations, etc., t. VI, n° 535.

Ainsi l'on obtiendra, dans tous les cas, l'exécution simultanée de deux libéralités que l'intérêt le plus respectable recommande également l'une et l'autre et dont il faut bien assurer le concours par quelque chose qui ressemble à un subterfuge, en présence du formalisme et de la subtilité d'une jurisprudence jusqu'à présent inébranlable.

§ II.

Le disposant laisse des ascendants

Au point de vue qui nous occupe, ce cas ne présente aucune différence avec celui où le disposant laisse trois enfants ou un plus grand nombre. Comme tout-à-l'heure, la quotité disponible entre époux est plus forte que la quotité disponible ordinaire ; et l'excédant dont l'époux bénéficie consiste en usufruit à prendre sur la portion réservée. C'est même pour cette hypothèse des ascendants réservataires que la nature de l'excédent de disponible est le plus clairement spécifiée par la loi : nous en avons fait déjà la remarque.

Nous n'insisterons donc pas autrement sur une question où nous ne pourrions que reproduire les développements qui précèdent.

§ III

Le disposant laisse deux enfants

Avec deux enfants, on peut donner à un étranger un tiers en pleine propriété ; à son conjoint, un quart en pleine propriété et un quart en usufruit ; ou la moitié en usufruit seulement. Voyons comment la jurisprudence comprend la combinaison de ces deux disponibles.

L'espèce classique, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, est toujours celle où l'époux a été gratifié par contrat de mariage de moitié en usufruit et où, plus tard, intervient la disposition précipitaire en faveur d'un enfant. C'est aussi celle sur laquelle la jurisprudence eut à se prononcer tout d'abord. Il s'agissait, pour l'enfant, cette fois, d'un legs du quart en propriété. On appliqua simplement le système que nous avons précédemment exposé. On dit que la donation de moitié en usufruit faite au conjoint valait un quart en pleine propriété ; que ce quart s'imputait sur la quotité disponible de l'art. 913 et que, par conséquent, il ne restait, pour faire face au legs, que la différence entre un tiers et un quart, c'est-à-dire un douzième en pleine propriété (1).

Cette décision a soulevé de justes critiques. Elle semble

1. Orléans, 4 août 1849. De Charentais, Sir., 1850, 2, 199 et Cass. rej. 12 janvier 1853, S. 1853, 1, 71. — V. aussi Agen, 5 déc. 1861. S. 64, 2, 105.

créer, à côté des deux quotités disponibles reconnues par la loi, une troisième quotité disponible se composant de moitié en usufruit et un douzième en pleine propriété. Ce qui est d'autant plus choquant que la quotité de biens restés libres dans la succession se trouve ainsi réduite à cinq douzièmes. Or, quand il n'y a qu'un enfant, la moitié de la succession lui est réservée libre de tout usufruit. Comment, en présence de deux enfants, la portion réservée libre serait-elle moindre? Ces considérations ont touché le tribunal de la Seine qui, dans une espèce semblable et pour éviter pareil reproche, tout en restant fidèle au système de la jurisprudence, a converti le douzième de pleine propriété en un sixième de nue-propriété. Et le procédé, dont il est à peine besoin de faire ressortir l'arbitraire, fut approuvé par la Cour de Paris (1).

Prenons une autre espèce maintenant : la disposition au profit de l'époux et celle au profit de l'enfant ne sont plus successives, mais simultanées. Un époux ayant deux enfants a légué d'une part à son conjoint l'usufruit de tout ce dont il peut disposer à son profit, et d'autre part à l'un de ses enfants par préciput tout ce dont il peut aussi disposer en sa faveur, en nue-propriété, pendant la vie du conjoint légataire. Un jugement du tribunal d'Albi du 26 juin 1861, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 7 mai 1862, a interprété ces deux legs comme suit. Ils ne peuvent pas être cumulés ; mais ils peuvent concourir dans le sens de la quotité disponible la plus étendue, c'est-à-dire

1. 31 mai 1861. — Rouget, Dall., 1863, 2. 91.

celle de l'art. 1094. L'époux, auquel on n'a légué que de l'usufruit, aura l'usufruit de moitié ; restera libre un quart en nue-propriété qui composera le legs de l'enfant.

Ainsi, voilà un arrêt qui fixe la quotité disponible au même taux quand il n'y a que deux enfants que quand il y en a trois ou davantage, première incenséquence, et qui semble, d'autre part, établir une sorte de gradation entre les deux legs, puisqu'il commence par indiquer tout ce qui peut être donné à l'époux et limite ensuite le legs de l'enfant à ce qui reste libre une fois que cette première disposition a reçu satisfaction. L'affaire fut déférée à la Cour de Cassation, mais le pourvoi visait un autre chef. C'est à ce propos que la Cour suprême affirma, comme nous l'avons noté plus haut, qu'un époux peut renoncer à un avantage contractuel pour accepter le même avantage réitéré au cours du mariage (Arrêt du 3 juin 1863. S. 1863, 1, 417). (1)

Toujours est-il que la jurisprudence nous offre des décisions peu satisfaisantes, sans base juridique, sans concordance entre elles. Le système que nous avons défendu résout au contraire le problème de la façon la plus nette. Avec deux enfants la quotité disponible, d'après l'art. 913 est du tiers des biens ; l'époux, dans le même cas, ne peut recevoir qu'un quart en propriété, mais il peut recevoir moitié en usufruit (a. 1094). « Cet usufruit, dit M. le président Réquier, dépasse celui de

1. V, dans le sens de l'arrêt de Toulouse, — Cass. req. 1^{er} mai 1876. Fabre. S. 76, 1, 292.

« la quotité disponible ordinaire, de toute la différence
« du tiers à la moitié, c'est-à-dire un sixième, qui devra
« nécessairement être pris sur la réserve. L'époux dona-
« teur a donc le droit de grever la réserve d'usufruit
« jusqu'à concurrence d'un sixième au profit de l'autre
« époux. »

Conséquence : on peut donner un tiers en pleine propriété, soit à l'un des deux enfants par préciput, soit à un étranger ; et, en même temps, à son conjoint, un sixième en usufruit à prendre sur la réserve. A-t-on commencé par une donation de moitié en usufruit à l'époux, cette moitié se décompose en un sixième à prendre sur la réserve, et un tiers à prendre sur le disponible de l'art. 913. Reste la nue-propriété de ce même tiers que pourra recevoir, ou l'étranger ou l'enfant.

Ce système ne soulève qu'une objection ; c'est que la combinaison qu'il autorise (moitié en usufruit plus un tiers en nue-propriété) excède à la fois le disponible de l'art 913 et celui de l'art. 1094. Ce qui viole la règle que les différentes libéralités réunies ne doivent jamais dépasser le disponible le plus fort. — La réponse est que cette règle n'est écrite nulle part dans la loi. S'il est vrai que des libéralités qui, dans l'ensemble, ne dépassent pas la quotité disponible la plus forte, ne seront jamais réduites, il n'est pas exact *a contrario* qu'elle doivent être réduites dès qu'elles la dépassent. En formulant le principe, on a eu pour but d'opposer une barrière au cumul

(1); et ce principe est fondé dans la mesure où le concours des deux disponible serait en effet un cumul, c'est-à-dire en ce qui concerne la pleine propriété. Mais il n'y a pas cumul, et la prétendue règle n'a plus de raison d'être, du moment que l'époux seul prend en tout ou en partie, cette portion d'usufruit portant sur la réserve, qui forme la différence entre le disponible ordinaire et le disponible le plus fort. (2).

1. Réquier, *op cit.* p. 119.

2. Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 25.

CHAPITRE II

L'ÉPOUX DONATEUR, QUI LAISSE DES ENFANTS D'UN PREMIER MARIAGE, A GRATIFIÉ A LA FOIS SON CONJOINT ET UN ÉTRANGER. (CONCOURS DU DISPONIBLE ORDINAIRE AVEC LE DISPONIBLE DE L'ARTICLE 1098).

Le disponible ordinaire de l'article 913 et le disponible de l'art. 1098 sont fixés l'un et l'autre en pleine propriété; il y a identité de nature entre eux, la mesure seule diffère. Enfin le premier est supérieur au second, sauf dans un cas où il lui est égal, le cas où le disposant laisse trois enfants dont un au moins du premier lit.

Dans ces conditions, les questions de concours ne peuvent pas offrir les difficultés que nous avons rencontrées naguère. Le principe est celui-ci. Quelles que soient leurs dates respectives, la libéralité faite au second époux, et la libéralité préciputaire faite à un enfant ou celle faite à un étranger s'exécuteront concurremment, pourvu 1° que dans leur ensemble, elle ne dépassent pas le disponible ordinaire; 2° que le nouvel époux ne reçoive pas plus que ce que permet l'art. 1098.

Supposons que le veuf ou la veuve remariée ait commencé par gratifier par une disposition irrévocable son

nouvel époux. Est-ce sans dépasser la limite de l'art. 1098 ? Il pourra encore donner à un étranger la différence entre le disponible de cet article et celui de l'art. 913. Est-ce en dépassant la dite limite ? Le second gratifié sera fondé à demander dans la même mesure l'exécution de sa propre libéralité, au moins sur les biens existants dans la succession, sauf aux enfants à agir en réduction contre le nouvel époux (1).

La seule question délicate en notre matière vient de ce que le nouvel époux ne pouvant recevoir qu'une part d'enfant le moins prenant, telle disposition qui sans entamer la réserve diminue les droits des enfants, va logiquement rejaillir sur la donation même antérieure faite à ce nouvel époux. Cependant, quand cette donation antérieure est, de sa nature, irrévocable, comment concilier les deux principes qui se trouvent immédiatement en conflit : d'une part l'irrévocabilité des donations, de l'autre la liberté de donner jusqu'à concurrence du disponible fixé par la loi ?

Bien entendu, si le nouvel époux avait été gratifié au cours du mariage, comme les donations faites pendant le mariage sont révocables (a. 1096), sans difficulté nous admettrions qu'en disposant ultérieurement au profit d'un enfant par préciput ou d'un étranger, l'époux donateur a pu réduire l'émolument de la première libéralité.

1, Demol. Don, etc. t. II, n° 215. t. VI, n° 568. V. ci-dessus la section 1^{re} du Chapitre 1^{er}.

Mais, il faut prendre la donation faite par contrat de mariage, c'est-à-dire irrévocable. Si cette donation a été *d'une part d'enfant*, nous n'hésitons guère à conclure à la validité des dons ou legs faits par la suite dans les limites de la quotité disponible ordinaire. Ils réduiront la donation dans la proportion où ils réduiront les parts des enfants. C'est, en effet, une question d'interprétation de la volonté du disposant. Le droit qui résulte de la donation d'une part d'enfant ne peut être fixé qu'au décès du donateur. Celui-ci, en adoptant ce mode de disposer, n'a donc pas pu entendre que les libéralités qu'il ferait par la suite, seraient forcément et fatalement inefficaces. C'est ce qui arriverait cependant, même pour les plus faibles d'entre elles ; autrement dit, le veuf remarié se serait inexorablement lié les mains par avance, s'il laissait en mourant trois enfants ou davantage, tous ou quelques-uns issus de la première union ; puisqu'alors la plus petite disposition tend à diminuer l'émolument du nouvel époux. La Cour de Paris a très justement regardé cette intention comme inadmissible : « Si la femme (do-
« nataire), dit le jugement du tribunal de Versailles dont
« elle s'est approprié les motifs, pour faire fixer cette
« part d'enfant, peut exiger le rapport des dons et legs
« faits par son mari, elle ne peut, néanmoins, demander
« ce rapport qu'autant que les enfants eux-mêmes au-
« raient le droit de l'exiger ; et elle n'est pas fondée à
« critiquer les dispositions de son mari toutes les fois
« que sa portion se trouve être équivalente à celle reve-

« tant à un des enfants, réduit à sa portion dans la quotité non disponible (1). »

Mais il est une autre espèce où l'on n'a plus à rechercher, à ce qu'il semble, au moins, l'intention du disposant, et où se concentre la véritable difficulté. Un veuf, ayant des enfants du premier lit, se remarie, et par contrat de mariage donne à sa seconde femme une somme de 20,000 francs en biens présents. Par la suite, il fait un testament où il lègue à un étranger ou à un de ses enfants, par préciput, 4,000 francs. Il meurt laissant quatre enfants (tous ou partie du premier lit : peu importe). Les biens existants au décès s'élèvent à 80,000 francs. Le legs peut-il s'exécuter ?

Remarquons d'abord que, abstraction faite de ce legs, la donation faite à la femme reste dans les limites de l'art. 1098, car les 20,000 francs auxquels elle se monte, réunis aux 80,000 francs existants au décès, donnent 100,000 francs sur lesquels la femme, considérée elle-même comme un enfant, a droit à un cinquième, c'est-à-dire précisément 20,000 fr.

D'un autre côté, le legs ne dépasse pas le disponible de l'art. 913, lequel, calculé sur 100,000 fr., est de 25,000 fr. Les 20,000 fr. donnés entre-vifs et les 4,000 francs légués restent même au-dessous de ce chiffre. Le légataire est donc fondé à demander la délivrance de son legs. Mais, alors, la masse qui se partagera entre la femme et les quatre enfants n'est plus que de 96,000 fr.

1. Paris. 19 juillet 1833. Guilbeau S. 1833, 2, 397.

19,200 fr. La donation de 20,000 faite par contrat de mariage a donc été partiellement révoquée, et les art. 1081-1083 sont violés.

Il est incontestable qu'en validant le legs, nous faisons échec au principe d'irrévocabilité. Nous nous rattachons cependant à cette solution qu'enseignent MM. Demolombe et Colmet de Santerre (1). On ne voit pas, en effet, sur quoi on se baserait pour faire réduire le legs. Car le légataire répondrait toujours par l'art. 913, le seul qui fixe le disponible quant à lui. D'autre part, n'y a-t-il pas, quoiqu'on dise, à rechercher la volonté du donateur, même dans cette donation de biens présents qu'il fait à sa seconde épouse? On peut légitimement admettre qu'il n'a pas entendu se priver à jamais de la faculté de disposer dans les limites ordinaires. Les 20,000 fr. donnés seront donc, dans sa pensée, un maximum ; la donation, toutefois, ne pouvant jamais descendre au-dessous de la réserve des enfants.

M. Colmet de Santerre fait encore remarquer que la règle de l'irrévocabilité est moins rigoureusement observée dans les donations par contrat de mariage que dans les donations ordinaires, puisque les conditions potestatives de la part du donateur y sont admises, « On peut
« dès lors accepter une disposition législative, qui, pour
« assurer l'égalité la plus absolue entre le second époux
« et les enfants les moins favorisés, subordonne l'effet
« de la donation faite à l'époux à l'existence d'actes qu'il
« dépendra du donateur de faire ou de ne pas faire. »

1. Demol, Don. etc., VI § 569. Colmet de Santerre, T.IV, n° 278 bis VII.

APPENDICE

CONCOURS DES DEUX DISPONIBLES DES ART. 1094 ET 1098.

Nous ne croyons pas pouvoir passer sous silence une hypothèse qui, certainement, se présentera bien plus rarement en pratique que celles que nous avons examinées jusqu'ici, mais qu'il est intéressant d'envisager pour avoir une théorie complète de la quotité disponible entre époux.

Il s'agit du cas où les deux disponibles spéciaux des art. 1094 et 1098 sont en présence. M. Demolombe (*op. cit.* n° 537 *bis*) y consacre quelques pages, en raisonnant dans une espèce réelle sur laquelle il avait été appelé à se prononcer. D'une façon abstraite, le problème se pose ainsi : Quel est le disponible maximum pour celui, qui, marié deux fois, et laissant au moins un enfant du premier lit, a disposé successivement au profit de ses deux conjoints ?

Il n'est guère soutenable qu'on aille chercher la solution ailleurs que dans les articles 1094 et 1098 eux-mêmes. Ces articles fixent entre époux un disponible absolument spécial et dérogame au droit commun ; c'est ce dont on n'a jamais douté quant à l'art. 1098, et nous avons cherché à établir plus haut qu'il en est de même pour l'art.

1094 dans tous les cas possibles. Le texte qui limite les libéralités d'un époux vis-à-vis de l'autre, ce sera toujours l'art. 1094 ou l'art. 1098 suivant les cas, de même que dans les rapports avec un gratifié étranger, la loi du disponible sera toujours écrite dans les art. 913 à 915.

Comment dès lors a-t-on pu dire, dans notre hypothèse que précisément ce serait le disponible de droit commun, celui de l'art. 913, qui formerait le maximum pour les libéralités réunies ; et que dans cette limite, ces libéralités seraient valables, pourvu, bien entendu que chacun des conjoints gratifiés ne reçût pas plus que la quotité qui lui est propre ? Il y a quelque chose d'étrange à prétendre que l'art. 913 qui ne peut être invoqué ni par le premier conjoint ni par le second, quand on les met séparément en présence de réservataires, va les régir l'un et l'autre parce qu'une double disposition a été faite en leur faveur.

On a défendu ce système en disant que, si on invoque l'art. 913, qui concerne bien les libéralités faites aux étrangers, c'est parce que au regard de chacun des conjoints gratifiés, l'autre conjoint gratifié *n'est qu'un étranger*. Mais, outre qu'au regard du disposant il n'en est plus ainsi, il faut, comme le remarque M. Demolombe, opter entre deux conclusions contradictoires. Prenons, comme dans son espèce, un mari donateur ; la seconde épouse donataire ne peut pas à la fois conserver à la première sa qualité d'épouse, pour dire qu'elle n'a pu recevoir au delà de ce permet l'art. 1094 (il y avait un seul

enfant du premier lit); et la lui dénier pour réclamer dans leurs rapports réciproques l'application de l'art. 913. Si la première femme n'est qu'une étrangère aux yeux de la seconde, c'est l'art. 913 qui va être en cause complètement; et le résultat, c'est que la première donation aura peut-être épuisé toute la quotité disponible ordinaire, en sorte que la seconde s'évanouira complètement.

L'art. 913 écarté, restent seuls en présence les art. 1094 et 1098. Qu'on ne puisse cumuler les deux disponibles qu'ils établissent, cela est d'évidence, à moins qu'on ne veuille anéantir la réserve. Il faut dès lors les combiner, ce qui peut se faire de deux façons. Ou bien les deux dispositions réunies ne pourront excéder le quart que l'art. 1098 permet de donner au second époux; de sorte que si ce quart avait été antérieurement donné au conjoint des premières noces, tout serait fini; ou bien le maximum absolu sera celui de l'art. 1094, ce qui laisse plus de marge pour gratifier le second époux, sans dépasser jamais, quant à lui, bien entendu, la limite de l'art. 1098.

Nous nous rallierons à cette seconde solution, comme beaucoup plus favorable. En somme, en présence de descendants réservataires, la règle du disponible entre époux est dans l'art. 1094. C'est l'art. 1098 qui apporte la dérogation pour une situation particulière, et du moment que l'art. 1098 n'est pas violé, le système qui prend pour disponible absolu celui de l'art. 1094 est le plus juridique, en même temps qu'il est le plus libéral.

TROISIÈME PARTIE

DE LA RÉDUCTION DES LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX QUI EXCÈDENT LA QUOTITÉ DISPONIBLE.

CHAPITRE I^{er}

DE LA RÉDUCTION LORSQUE L'ÉPOUX DONATEUR N'A PAS FAIT EN MÊME TEMPS DE DISPOSITION AU PROFIT D'UN ÉTRANGER

Les libéralités entre époux qui excèdent le disponible dont nous venons d'étudier les règles, ne sont pas frappées de nullité. Elles sont seulement réductibles : c'est le principe du droit commun.

Comment cette réduction doit-elle s'opérer ? Qui peut exercer l'action en réduction ? Quel est le caractère de l'action ? Quelle en est la durée ? Quels en sont les effets ? Sur toutes ces questions, nous répondrons encore que c'est le droit commun qui s'applique, puisqu'aucun texte spécial n'est venu y déroger en notre matière. C'est-à-dire qu'on se référera purement et simplement aux art. 920 à 930 du Code civil.

C'est ce qui, pour tout le monde, va sans grandes difficultés quand l'époux donateur n'a fait de disposition qu'en faveur de son conjoint. En effet, en règle générale, le recours aux principes ordinaires de la réduction donne une solution simple à toutes les espèces : Il en est une cependant, sur laquelle nous nous arrêterons tout d'abord. C'est celle où la libéralité faite à l'époux seul n'a pas pour objet tous les biens, ou une fraction de tous les biens du disposant, pris en masse. D'autre part, dans le domaine particulier de l'art. 1098, il y a quelques points de détail à élucider : nous nous en occuperons dans un second paragraphe. Enfin nous nous poserons une question qui nous paraît trouver ici sa place : à savoir, si, pour le calcul du disponible entre époux, il faut réunir à la masse les biens que le disposant aurait donnés à un enfant par avancement d'hoirie.

§ I

Nous avons donc, en premier lieu à considérer l'hypothèse où la libéralité faite à l'époux seul ne porterait pas également sur l'ensemble du patrimoine du disposant. Ainsi, un mari, laissant des enfants communs, a légué à sa femme non pas telle fraction de ses biens, soit en propriété, soit en usufruit, mais la propriété de ses meubles et l'usufruit de ses immeubles, ou réciproquement : disposition excessive, évidemment. Quel est le procédé de

réduction qui respectera le mieux l'intention du testateur ? La question est venue devant le tribunal civil de Vire, puis devant la Cour de Caen, dans une espèce où la disposition portait sur la pleine propriété des meubles et l'usufruit des immeubles, la valeur des meubles représentant, en fait, un huitième de la succession.

Voici la solution que la Cour de Caen a consacrée dans son arrêt du 14 mars 1862 (aff. Brionne. Sirey. 1862. 2. 361) (1). Quant aux meubles, la disposition s'exécute intégralement, puisque nous les supposons valant un huitième de la succession, et que le disposant aurait pu donner un quart en pleine propriété. Jusqu'à concurrence de ce quart, la validité de la libéralité s'imposerait. Quant aux immeubles, l'usufruit donné sera réduit jusqu'aux trois huitièmes de la masse totale ; savoir, deux huitièmes ou un quart qu'on aurait pu donner en usufruit, même si les biens donnés en pleine propriété valaient eux-mêmes un quart, et un huitième représentant justement cet excédent de disponible en propriété dont le de cujus n'a pas usé. Ce dernier huitième, on l'a fait remarquer, pouvait être donné en pleine propriété ; en ne le donnant qu'en usufruit, on reste *à fortiori* dans les limites de l'art. 1094, et on se conforme aussi exactement que possible aux intentions du disposant, tout en respectant l'art. 922, qui veut que le disponible se calcule sur l'ensemble des biens, réunis en une seule masse.

1. Comp. Cass. 28 mai 1862, Lagrange, S. 1862, 1, 881.

Tels sont les avantages de cette solution. Trois autres systèmes avaient été proposés. Le premier, celui du tribunal civil de Vire, dont le jugement a été infirmé par l'arrêt précité (1) avait bien pour base l'établissement en une seule masse des biens du disposant. Mais, cette masse faite, il attribuait à l'époux gratifié, un quart en propriété et un quart en usufruit, indistinctement, c'est-à-dire purement et simplement le disponible le plus étendu. Il est évident que c'était ne tenir aucun compte de la volonté du disposant, qui avait cependant marqué sur quelle nature de biens il entendait que portât soit la pleine propriété soit l'usufruit. C'était d'ailleurs transporter le procédé de l'art. 917, c'est-à-dire la conversion en donation de propriété d'une donation d'usufruit excessive, dans une matière où nous avons soutenu qu'aucune application de cet article n'était à faire.

Un second système présenté par M. Bertauld (2) prétendait serrer de plus près l'intention du disposant en faisant porter la réduction, divisément sur les meubles et sur les immeubles. Sur les meubles, on accorderait un quart en pleine propriété et un quart en usufruit, maximum du disponible quand on veut donner de la propriété; sur les immeubles, moitié en usufruit, autre maximum quand on entend ne disposer qu'en usufruit. C'est

1. Vire, 11 mai 1861, Esneu, Sir. 62, 2, 362.—Comparez Laurent. Principes, etc. t. XV, n° 379.

2. Rev. prat. de droit français, 1862, t. XIII, p. 88 et s., V. une réfut. p. 205.

l'esprit même de la libéralité, qui était, disait-on, traduit aussi fidèlement que le permettait l'art. 1094. Ce système, très séduisant sans doute, encourait pourtant un grave reproche ; celui de faire deux masses dans le patrimoine du disposant, et d'opérer deux sortes de réduction, ce qui est contraire à l'art. 922. En outre, il ne donnait pas à l'époux gratifié tout le mobilier en propriété ; et cependant, dans cette limite, comme nous le disions plus haut, il est incontestable que la libéralité pouvait s'exécuter.

Quant au troisième système, soutenu par M. l'avocat-général Farjas, dans la même affaire, il respectait la disposition en propriété portant sur les meubles, tant que le quart de la succession n'était pas atteint. C'est ce que dit aussi le système adopté par la Cour de Caen ; mais il limitait ensuite la disposition en usufruit au quart des immeubles : limitation arbitraire et qui devait faire rejeter cette opinion. Rien en effet ne peut l'autoriser dans la loi. S'il est vrai que la libéralité en usufruit ne peut excéder un quart (art. 1094), c'est d'abord du quart des biens, pris en masse, qu'il s'agit, et c'est d'ailleurs à condition que déjà un autre quart des biens soit donné en propriété.

Nous avons montré les défauts de ces trois derniers systèmes ; c'est dire que nous nous rallions à celui exposé en premier lieu, c'est-à-dire au système suivi par la Cour de Caen.

§ II

Le problème de la réduction, quand c'est le disponible de l'art. 1098 qui a été dépassé (mais toujours en supposant que l'époux donateur n'a fait de libéralité qu'à son conjoint) appelle, nous venons de le dire, des considérations particulières.

La disposition excessive est, bien entendu, sujette à réduction, à retranchement, comme dit l'art. 1496, sur la demande des enfants du premier lit, avant tous autres, puisque c'est absolument dans leur intérêt qu'on a dérogé aux règles du disponible ordinaire (même art. 1496 et art. 1527), à la condition pourtant qu'ils acceptent la succession de leur auteur ; nous avons essayé de l'établir précédemment.

Toutefois, cela posé, on se demande deux choses : I. Voilà le retranchement opéré sur la demande des enfants du premier mariage. Les enfants du second lit en profiteront-ils ? II. Pourront-ils exercer eux-mêmes l'action en réduction, si les autres enfants restent dans l'inaction, ou renoncent expressément à la mettre en œuvre ? Le tout à les supposer héritiers de l'époux donateur, conformément aux principes admis ci-dessus ?

I. — Que les enfants du second lit profitent de la réduction, c'est ce qui nous paraît résulter invinciblement de l'article 745. La nov. 22, c. 7, abrogeant sur ce point la loi 9, C. *De sec. nupt.* (loi *Quoniam*) donnait aux seuls

enfants du premier lit le bénéfice de la réduction. Mais c'est la loi 9 qu'on suivait dans les pays de coutumes. « Les biens qui sont retranchés de la donation faite au « second mari étant les biens de la mère commune ; tous « les enfants de quelque mariage qu'ils soient nés étant « autant à leur mère les uns que les autres, ils y doivent « avoir un droit égal (1). » C'est précisément le principe que proclame l'art. 745 : l'égalité de partage entre les enfants du même père ou de la même mère (2).

II.— Maintenant, s'il est vrai que les enfants du second lit profitent de la réduction opérée, il faut nécessairement admettre qu'ils ont l'action en réduction eux-mêmes. Telle était déjà notre ancienne jurisprudence (3). Telle est encore la conclusion à laquelle doit nous conduire le raisonnement. Si le bénéfice de l'action en réduction est dans la succession, pour que tous les héritiers y prennent une part égale, c'est que l'action y est aussi. Quiconque a un droit doit avoir les moyens de le réaliser. Ni l'art. 921, ni l'art. 1496 n'empêchent cette conséquence du reste. Tout ce qu'il faut en déduire, c'est que l'action en réduction ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit. Et cela, tout le monde l'admet ; mais, une fois ouverte, elle peut être mise en mouvement par tous les enfants. C'est le cas de répéter la

1. Pothier. Contrat de mar. n° 567. — *Contra* Proudhon. Usuf. t. I, n° 347.

2. En ce sens Bordeaux, 16 août 1853, S. 55, 2, 753.

3. Pothier, *loc cit.* — Ricard, Don. part. III, n°s 1288 et s.

maxime citée par Pothier : « *Non est novum in jure, ut quod quis ex persona sua non haberet, ex persona alterius habeat* » (l. 3, § 11, D. *De bon. poss. contra tab.*, 37, 4). Enfin, il y a une autre raison, toute d'équité. Décider que les enfants du premier lit auront seuls l'action, c'est mettre à leur discrétion les droits des enfants du second lit, c'est exposer ces derniers à être victimes de collusion entre leurs frères aînés et le nouvel époux. Tel ne peut être le vœu du législateur (1).

Il est bien entendu, au reste, que l'action en réduction ne peut être exercée que par ces seules personnes, et qu'elle ne compète ni à l'époux remarié lui-même (puisqu'elle s'ouvre par son décès : a. 920) ni à aucun autre. Sauf la transmissibilité de cette action aux héritiers des enfants réservataires dans les termes du droit commun (2).

L'art. 1098 a fait naître encore une autre question : celle de savoir si le second époux profite lui-même et pour sa part du retranchement que subit sa donation ?

Nous répondrons affirmativement. Le nouvel époux, il faut le supposer, au lieu d'être gratifié d'une part d'enfant, a reçu une libéralité consistant en une somme ou un corps certain, dont l'importance dépasse le taux de l'art. 1008. L'avantage était réduit à juste concurrence,

1. En ce sens Caen, 3 août 1872 et Cass. 1^{er} juillet 1873, S. 74, 1, 17. Demolombe Don. etc. VI, n° 602. — Aubry et Rau, t. VII, § 690, texte et note 43. — *Contrà* Boutry. Donations entre époux, n° 451. — Marcadé. IV a. 1098, n° 5.

2. Demol. *op. cit.*, n° 605.

l'excédent sera-t-il partagé également entre cet époux lui-même, et les enfants? Assurément.

Nous savons que, dans l'ancien droit, Ricard enseignait la doctrine contraire, en se basant sur la loi *hac edictali* et la nov. 22, c. 7. C'est encore l'avis de Trolong (t. IV, n^{os} 2706-2707), qui invoque à l'appui de son opinion l'art. 921, aux termes duquel les donataires ou légataires ne peuvent ni demander la réduction, ni *en profiter*. — Mais, d'abord, la tradition n'est pas unanime. Nous avons vu Renusson professer l'avis que le nouvel époux doit venir au partage des biens retranchés. Pothier s'exprime dans le même sens dans son *Traité des donations entre-vifs*, sect. 3, art. 7, § 4 ; quoique, dans son *Traité du contrat de mariage* (n^o 594), il semble rapporter l'opinion de Ricard pour l'approuver. Quoi qu'il en soit, nous sommes sous l'empire du Code civil, et c'est d'après ses principes qu'il faut décider.

Or, le système que nous combattons fait une fausse application de l'art. 921. Le nouvel époux ne demande pas le moins du monde une réduction; il n'entend pas profiter d'une réduction. Il prétend, ce qui est bien différent, qu'il n'y a pas lieu à réduction au-delà de la part d'enfant qu'il peut recevoir. Il se défend contre une réduction excessive qu'on veut lui imposer. Le même système viole à la fois l'art. 922 et l'art. 1098. L'article 922 exige que ce soit sur *tous* les biens, biens existants et biens donnés, que le disponible se calcule. Soit une fortune de 80,000 fr.; un legs de la *quotité dispo-*

nible fait au second époux et quatre enfants. Cette quotité disponible, pour un étranger, serait du quart, ou 20,000 fr. La réserve étant de 60,000 fr., la part de l'enfant moins prenant sera de 15,000 fr. : différence avec le disponible ordinaire, 5,000 fr. Tel est le chiffre du retranchement à imposer à l'époux. [Mais, si sa part est définitivement fixée à 15,000 fr., en effet ; s'il ne vient pas lui-même profiter pour un cinquième des 5,000 fr. retranchés, qui ne voit que ces 5,000 fr. sont mis purement et simplement en dehors de la masse des biens, et que le calcul du disponible se fait sur 75,000 fr., et non sur 80,000, au mépris de l'art. 922 ? Il n'est pas moins évident qu'en accordant seulement 15,000 fr. au nouvel époux, tandis que chacun des enfants aurait 15,000 fr., plus le quart des 5,000 fr. retranchés, on ne lui donne pas la part d'enfant à laquelle il a droit (a. 1098) ; on lui donne moins !

C'est vainement d'ailleurs que Troplong prétend qu'en disposant au-delà des limites de la loi, l'époux remarié a commis une contravention ; que son conjoint est son complice, et que c'est à titre de punition que ce dernier ne vient pas au partage des biens retranchés. En fait, telle donation qui dépasse le taux de l'art. 1098 au décès du donateur, y était peut-être très inférieure quand elle a été faite ; alors, où est la contravention ? où est la complicité ? En droit, il est absolument arbitraire d'introduire dans la loi la peine que Troplong veut y trouver. Nous repoussons donc complètement son système (1).

1. Demol, Don. etc. VI, n° 600. Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 35.

§ III

Voici enfin la question que nous avons annoncée comme se posant à propos de l'établissement de la masse qui est une des opérations préparatoires de la réduction. Il s'agit de la réunion à cette masse des avantages non préciputaires faits aux enfants de l'époux donateur. Entre-t-il dans les droits de l'époux donataire de la réclamer ?

Plaçons-nous, par exemple, dans le domaine de l'art. 1098. La question s'élève donc sur cette donnée que l'époux remarié a fait à l'un ou plusieurs de ses enfants des avancements d'hoirie. S'il leur avait donné par préciput, il faudrait naturellement déduire de la masse le montant des libéralités à eux faites dans la limite du disponible (art. 844, 845, C. c.), et calculer sur le surplus la part d'enfant à laquelle le nouvel époux a droit. Sauf la difficulté spéciale qui peut se présenter quand ce nouvel époux a été gratifié avant l'enfant préciputaire par une disposition irrévocable. Mais ce point a été examiné dans la deuxième partie de ce travail, en traitant de la combinaison des deux disponibles (chap. II) : nous n'y revenons pas.

Ici, nous dirons que le nouvel époux peut exiger que les biens donnés en avancement d'hoirie à un enfant soient fictivement réunis à la masse pour le calcul de son disponible. Par exemple, un époux remarié a donné à

l'un de ses trois enfants 10,000 fr. sans clause de préciput. Il meurt après avoir légué à sa seconde femme une part d'enfant. La fortune qu'il laisse est de 90,000 fr. Le legs de la seconde femme sera de 25,000 fr. et non de 22,500 fr., comme il arriverait si on ne le calculait que sur les biens existants au décès, sans y réunir les 10,000 fr. donnés.

L'objection qui se présente immédiatement à l'esprit est qu'aux termes de l'art. 857, le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier, et qu'il n'est pas dû aux légataires. Sans doute, la femme n'est pas un cohéritier ; aussi, ce qu'elle demande, ce n'est pas un rapport réel et le droit de concourir pour une part sur les 10,000 fr. rapportés. C'est un rapport fictif, ou, si l'on préfère, c'est simplement l'imputation par l'enfant avantagé des 10,000 fr. dont s'agit sur sa part héréditaire. Cette imputation n'est que l'application des principes généraux. L'art. 922 veut que pour calculer le disponible, on réunisse tous les biens donnés aux biens existants au décès. Cela étant, ce n'est pas 90,000 fr., c'est 100,000 fr. qu'il y a dans l'hérédité sur laquelle la femme est légataire d'une part d'enfant.

Le même raisonnement s'appliquerait, du reste, notwithstanding l'art. 921 à la réduction dont pourrait être susceptible la donation faite par l'époux remarié, soit à un étranger, soit à un de ses enfants, avec clause de préciput. Le nouvel époux pourrait demander la réunion à la

masse du montant de cette réduction pour faire déterminer le quantum de ses droits (1).

Mais c'est fictivement toujours que la réunion aura lieu. C'est en somme un procédé de calcul, rien de plus. Reprenons l'hypothèse précédente. La femme est légataire d'une part d'enfant. Un des trois enfants a reçu 10,000 fr. en avancement d'hoirie ; il accepte la succession de son père, ce qui l'oblige au rapport. Enfin, les seuls biens que l'on trouve au décès s'élèvent à 2,000 fr. Nous pensons cette fois que la femme devra se contenter de ces 2,000 fr., bien qu'ils restent au-dessous de la part d'enfant calculée sur la totalité de l'hérédité. C'est qu'autrement elle profiterait du rapport des 10,000 fr. ; ce rapport ne serait donc plus fictif pour elle ; il deviendrait parfaitement réel et effectif. Or, l'art. 857 nous paraît s'opposer formellement à ce résultat (2).

Ajoutons que tout ce qui précède s'appliquerait, bien entendu, *mutatis mutandis*, si l'époux donataire était en présence non plus d'enfants d'un premier lit, mais d'enfants communs. C'est ainsi que la cour d'Orléans a décidé que les biens donnés en avancement d'hoirie par l'époux donateur, même pour dot à l'enfant commun, devaient être réunis fictivement à la masse pour déterminer l'importance du disponible en faveur de l'autre époux (Orléans, 1^{er} fév. 1883, Druet. D. 85, 2, 104).

1. Demolombe, Don. etc. VI, n^{os} 594-597. — Aubry et Rau, t. VII, § 690, note 34.

2. En ce sens Boutry. Donations entre époux. n^o 453, Paris, 9 juin, 1836, S. 36, 2, 354.

CHAPITRE II

DE LA RÉDUCTION QUAND L'ÉPOUX DONATEUR A GRATIFIÉ A LA FOIS SON CONJOINT ET UN ÉTRANGER.

Il nous faut supposer maintenant que, le disposant ayant gratifié à la fois son conjoint et un étranger, il y a lieu à réduction. Alors de deux choses l'une : ou les deux libéralités sont consécutives, ou elles sont simultanées.

Le premier cas ne peut nous arrêter. Nous commençons par écarter l'hypothèse où la libéralité faite au conjoint serait antérieure, et aurait eu lieu pendant le mariage. On pourrait alors voir dans l'autre libéralité une révocation partielle de la première, puisqu'elle serait révocable, ce qui supprimerait la question. Mais cela est un point d'intention à vérifier. Comparons donc ou des dispositions irrévocables entre elles, ou des donations irrévocables avec des legs. Nous n'avons dans tous les cas possibles qu'à recourir aux principes ordinaires qui veulent que les legs soient réduits avant les donations entre vifs et parmi ces dernières les plus récentes avant les plus anciennes (art. 925, 926, C. c.).

Sur le point de savoir qui a l'action en réduction quand

la première libéralité faite à l'époux par contrat de mariage dépasse seule son disponible spécial, nous renvoyons aux explications déjà fournies. (Deuxième partie, ch. I, sect. I et ch. II).

Où le problème devient très délicat, c'est quand les libéralités à réduire ont la même date ; c'est-à-dire quand ce sont des legs ou des donations entre vifs consignées dans le même acte. Le principe déposé dans l'art. 926 est celui de la réduction proportionnelle au marc le franc. Mais qui ne voit l'obstacle que ce principe rencontre en application quand on a affaire à des libéralités qui ne peuvent être identiques, ni en nature, ni en quantité ? « Cette disposition (celle de l'art. 926) dit très-justement M. Laurent, suppose que les libéralités qui doivent être réduites sont toutes de même nature, et que tous les légataires ont des droits égaux sur les valeurs qui doivent être distribuées entre eux. Il en est ainsi quand il s'agit du disponible ordinaire : on fait alors une masse de tous les biens, et chacun des légataires vient sur cette masse au marc le franc et au prorata de son legs. Il en est tout autrement si l'on admet le concours des deux disponibles. » (1)

Nous allons admettre pour plus de simplicité que chacun des gratifiés (l'époux et l'étranger) n'a pas reçu en particulier plus que son disponible propre, et que par conséquent la nécessité de réduction vient du seul con-

1. Principes de droit civil français, t, XV, n° 380.

cours des deux libéralités. Dans le cas contraire, d'ailleurs, la théorie serait toujours la même, sauf, en général, des nécessités d'évaluation, au cas de dispositions en usufruit concourant avec des dispositions en propriété (1). Cela posé, voici comment peut se formuler le système que nous croyons devoir suivre. Prélèvement sera fait, par l'un ou par l'autre des donataires ou légataires de ce qui forme, quant à lui, un disponible spécial, un disponible inaccessible à l'autre gratifié, soit comme nature de libéralité, soit comme quotité. Ensuite, sa part se trouvant diminuée d'autant, les deux libéralités se trouveront ramenées tout naturellement sur un terrain commun et la réduction proportionnelle se fera sans difficulté, conformément à l'art. 926. Parcourons les principales hypothèses qui peuvent se présenter.

I. — Le disposant laisse un enfant d'un premier mariage. Il a donné un quart en propriété à son nouvel époux, et moitié en propriété à un étranger ; (c'est-à-dire à chacun d'eux le maximum de ce qu'il pouvait lui donner. C'est ce que nous supposerons ci-après dans chaque espèce). Les deux disponibles ne diffèrent ici que par la quotité. Cependant, les deux dispositions ne doivent pas dépasser dans l'ensemble, moitié. Comment réduirons-nous ? nous commencerons par prélever en faveur du donataire étranger, un quart que lui seul pouvait recevoir. Sur l'autre quart, resté libre, ce même donataire et l'époux ont main-

1. V. Aubry et Rau, t. VII, § 684, *bis*. Texte et note 7.

tenant des droits égaux. Ils subiront une réduction proportionnelle qui diminuera de moitié leur émolument. Le second époux recevra donc $\frac{1}{8}$, l'étranger $\frac{1}{8}$ plus le quart déjà prélevé. Finalement les deux dispositions seront ramenées aux chiffres de $\frac{1}{8}$ et $\frac{3}{8}$, formant par leur réunion la moitié disponible du patrimoine.

II. Le disposant laisse un ascendant dans chacune des lignes paternelle et maternelle. Il a donné à son époux moitié en propriété et moitié en usufruit ; à un étranger, moitié en propriété. Appliquons la théorie qui précède. Dans les deux disponibles dont on a usé, il y avait une valeur que seul, l'époux pouvait recevoir : la moitié en usufruit, qui porte nécessairement sur la réserve des ascendants. Ce n'est plus seulement ici affaire de quotité ; c'est affaire de nature de disposition. L'époux prélèvera en conséquence cet usufruit de moitié. Dans la limite où il est institué en propriété, au contraire, l'époux n'est qu'un donataire ordinaire. Le disponible pour lui, c'est exactement le disponible de tout le monde. C'est ce que dit l'art. 1094, al. 1. Par conséquent, la réduction proportionnelle s'opérera sur sa moitié en propriété, comme sur la moitié en propriété donnée à l'étranger. Chacun d'eux aura un quart, puisqu'en présence d'ascendants dans les deux lignes, la portion réservée s'élève à moitié.

En définitive, à l'étranger $\frac{1}{4}$ en propriété ; à l'époux $\frac{1}{4}$ en propriété et moitié en usufruit.

III. — Le disposant laisse trois enfants communs. Il a

donné à son époux un quart en propriété et un quart en usufruit; à l'un des enfants par préciput ou à un étranger un quart en propriété. Le raisonnement que nous avons tenu tout à l'heure se reproduit exactement. Pour le quart d'usufruit, quart portant sur la réserve, l'époux jouit d'un disponible exceptionnel; pour le surplus de sa donation, c'est-à-dire pour le quart en propriété, son disponible est le disponible ordinaire. Nous l'avons dit à maintes reprises. C'est le principe qui a déterminé notre solution dans le problème du concours des deux disponibles : conséquence, l'art. 926 reçoit son application. En somme, l'époux commencera par prélever un quart en usufruit; pour son quart en propriété, il concourra avec le donataire étranger, et par suite de la réduction au marc le franc, il obtiendra, comme ce dernier, $1/8$.

Tel est le système de réduction qui a été soutenu par M. Boutry dans son essai sur les donations entre époux (n° 503). Plusieurs autres systèmes avaient été proposés : nous en dirons quelques mots.

Toullier, le premier (1), ne semble pas avoir aperçu l'objection capitale qui se tire de la différence de maximum entre le disponible de l'époux et le disponible de l'étranger. Pour lui, au contraire, l'application de l'article 926 ne souffre pas de difficulté. Il commence par évaluer en propriété les dispositions qui sont faites en usufruit, afin d'avoir une masse composée de libéralités de

1. Droit civ. français, t. V, n° 872.

même nature, ce qui est la condition indispensable de la réduction. Ensuite, cette réduction se fait au marc le franc, simplement. Par exemple, le disposant laisse trois enfants, et il a légué à sa femme un quart en propriété et un quart en usufruit ; plus un quart à l'un des enfants par préciput ou à un étranger. Supposons une fortune de 12,000 fr., et admettons que l'usufruit est estimé valoir moitié de la propriété. Le testateur aura légué à sa femme $\frac{3}{8}$ ou 4,500 francs, à l'enfant ou à l'étranger un quart ou 3,000 francs ; ensemble 7,500 francs. Le disponible maximum est de 4,500 fr. (ce qui représente le quart de propriété et le quart d'usufruit), l'excédent des deux legs se trouve être de 3,000 fr., somme dont ils doivent être proportionnellement réduits. En définitive, l'épouse aurait droit à 2,700 fr., l'autre légataire à 1,800 fr.. Ce dernier recevra ses 1,800 fr. en propriété et la femme 1,200 fr. aussi en propriété, ce qui fait ensemble 3,000 fr. pour le quart que le disposant pouvait donner en propriété. La femme aura de plus l'autre quart en usufruit, ou 3,000 fr., lequel quart ne figure dans ses droits réduits que pour 1,500 fr., puisqu'il a été ainsi évalué dans l'ensemble de l'opération.

Ce système est très simple en effet ; mais il a un vice radical. « Quand le disponible est différent pour chacun des deux légataires, dit Marcadé (1), on ne peut pas procéder comme s'il était le même pour tous deux ». Admet-

1. Code civil, t. IV, n° 373.

tre l'étranger qui ne peut recevoir qu'un quart tout au plus sur le même pied que l'époux qui peut recevoir un quart et demi, c'est évidemment favoriser illégalement l'étranger, c'est lui maintenir pour partie dans la réduction proportionnelle, ce qu'il ne devrait pas recevoir.

Delvincourt, dans une autre opinion, évite ce reproche de faire concourir l'un des deux gratifiés pour une fraction supérieure à ses droits. Il faut, suivant lui, « regarder les deux donataires comme concourant entre eux jusqu'à concurrence de la quotité disponible qui leur est commune, et décider que le surplus appartient à celui en faveur duquel la plus grande disponibilité est établie » (1). Ainsi, pour reprendre les chiffres donnés plus haut, et toujours en admettant que l'usufruit vaut moitié de la pleine propriété, c'est-à-dire en estimant le legs de la femme à 4,500 fr., nous dirions : le disponible commun aux deux légataires ($\frac{1}{4}$) est de 3,000 fr. Là-dessus, la femme légataire de 4,500 fr., et l'étranger légataire de 3,000 fr., seront réduits proportionnellement et recevront, la première 1,800 fr., le second 1,200 fr. En plus, la femme prendra, à elle seule, le quart en usufruit, soit 3,000 fr.

Ce qu'il y a de vrai dans le système de Delvincourt, c'est que les deux legs ne peuvent être proportionnellement réduits que sur le terrain qui leur est réellement commun ; c'est qu'il faut mettre en dehors de la réduction

1. Code civ. (1819) tome 2, tit. 4, ch. 1, sect. 3, § 1, note 6, p. 436, 437.

tion pour l'attribuer exclusivement à celui des gratifiés qui en est exceptionnellement investi, cette part de disponible qui n'existe pas pour l'autre. Mais il faut prendre garde de ne pas appeler deux fois au partage le même légataire. Tout à l'heure, avec Toullier, on donnait trop à l'étranger, puisqu'on lui faisait prendre sa part sur ce qui était indisponible, quant à lui. Maintenant, avec Delvincourt, c'est à la femme qu'on donnerait trop. Qu'elle reçoive seule la valeur qui n'est disponible que pour elle (le quart d'usufruit), soit ; mais il ne faut pas ensuite que, sur le disponible commun, elle vienne concourir pour un chiffre qui comprend ce même quart d'usufruit évalué. Il est visible qu'elle recevrait deux fois pour la même cause.

Marcadé (1) a bien mis en lumière ce défaut du système de Delvincourt, tout en retenant ce qu'il avait de logique. Et voici ce qu'il a proposé : Il prend pour exemple un époux ayant un enfant d'un premier mariage, qui lègue à sa seconde femme un quart de ses biens et moitié à un étranger. Le disponible commun est d'un quart. C'est bien sur cette base que la réduction doit s'opérer. Mais puisque, pour un instant, on suppose que, même quant à l'étranger, le disponible n'est que du quart, il faut, pour un instant aussi, réduire à ce taux la libéralité qui lui est faite, diminuer, par conséquent, de moitié le chiffre de cette libéralité. Puis,

1. T. IV, nos 374-375.

la réduction opérée, on lui donne, par surcroît, ce qui est de disponibilité exceptionnelle, c'est-à-dire l'autre quart.

Ainsi « prendre momentanément comme base de la « réduction le disponible le plus faible pour toutes les « libéralités, même pour celles qui ont droit au disponible le plus fort, mais avoir soin d'imprimer momentanément aussi à ces dernières libéralités une diminution proportionnelle à celle que l'on donne à leur « disponible, » voilà en deux mots tout le système. Et pour le traduire par des chiffres, soit une fortune de 48,000 fr.: l'étranger, dans l'exemple ci-dessus, légataire de 24,000 fr. mais supposé légataire de 12000 fr., comme la femme, c'est-à-dire seulement de ce quart qui est le disponible commun, recevra d'une part 6000 fr. comme cette femme elle-même, et d'autre part les 12000 fr., montant du second quart de la succession.

Nous avons dit plus haut que nous nous rangions à l'opinion que M. Boutry a présentée. Or, cet auteur, auquel nous avons emprunté du reste les diverses solutions que nous indiquions tout à l'heure, suivant que le disposant laisse ou des ascendants, ou un enfant d'un premier mariage, ou des enfants communs, ne donne lui-même son mode de procéder qu'à titre de simplification du système de Marcadé, auquel il se rallie en principe. « C'est ce système dit-il (*op. cit.* n° 497) qui nous semble seul exact « au fond et conforme au principe essentiel que l'augmentation de disponible ne doit profiter qu'au dona-

« taire en faveur duquel elle est établie ; mais *la forme* ne
« nous en paraît pas pleinement satisfaisante. » Peut-
être y a-t-il quelque chose de plus qu'une simplification,
quelque chose de plus qu'une amélioration *de forme*, dans
une méthode qui ne se contente pas de repousser « une
sorte de fiction qui pourrait être gênante, » mais qui dé-
gage nettement de la masse à réduire, et met à part dans
sa nature de libéralité exceptionnelle ce qui a été donné
à l'époux, par application par exemple du disponible de
faveur de l'art. 1094. C'est un singulier mérite qu'a l'o-
pinion de M. Boutry comparée aux trois autres. Car ces
dernières, même celle de Marcadé telle du moins qu'elle
se résume dans la citation que nous avons faite de cet
auteur, font entrer dans le calcul de la réduction l'usu-
fruit donné à la femme, et par suite sont dans la néces-
sité de l'évaluer. « Jamais, dit au contraire M. Demo-
lombe, qui enseigne, lui aussi, que l'époux doit prélever
avant réduction son disponible spécial « jamais ce supplé-
« ment de disponible en usufruit ne saurait faire partie
« de la masse sur laquelle s'opère la réduction propor-
« tionnelle des legs ; car ce supplément doit être, dans
« tous les cas, en dehors de la quotité disponible à l'é-
« gard des autres légataires. » (1)

M. Boutry fait ressortir du reste, comme un avantage
de sa méthode, qu'elle rend presque toujours inutiles les
estimations d'usufruit. C'est un avantage immense, en

1. Traité des donations, etc. t. VI. n° 541.

effet. Pour le sentir, il n'y a qu'à se rappeler ce qui a été dit plus haut, de l'arbitraire qui s'attache à toute évaluation d'usufruit, et du caractère particulièrement fâcheux qu'offre cette opération, quand c'est entre parents et enfants que le débat s'engage. Il y a des cas cependant même les deux libéralités ne dépassant pas chacune son disponible propre, où l'évaluation dont s'agit serait indispensable. Ainsi, le disposant ayant laissé trois enfants communs, son époux est légataire de moitié en usufruit, et un étranger d'un quart en pleine propriété. L'époux prélèvera un quart en usufruit portant sur la réserve des enfants. Reste comme disponible total un quart en propriété, sur lequel le même époux venant pour son second quart d'usufruit, et le légataire étranger pour son quart de propriété, l'évaluation de l'usufruit s'impose pour arriver à la réduction proportionnelle que l'art. 926 ordonne. « Tout se passera dès lors comme entre deux légataires « étrangers ; car, en tant que l'époux concourt avec des « légataires étrangers sur la quotité disponible ordinaire, « il n'est lui-même qu'un étranger. » (1) On peut regretter cette conséquence ; mais la loi qui permet d'éviter l'estimation quand l'époux qui reçoit de l'usufruit est le seul gratifié (a. 1094) ; la loi qui d'autre part a fait l'art. 917 pour un donataire ou légataire ordinaire avantagé à titre viager, ne fournit aucun moyen de résoudre autrement qu'en évaluant, la situation que nous avons exposée (2).

1. Demol. Don. etc. t. VI, n° 540.

2. Aubry et Rau, 4^e éd. t. VII. — § 684 bis, — texte et note 7.

Ajoutons avec MM. Aubry et Rau, qui sont d'ailleurs d'accord avec M. Demolombe sur le mode de réduire. « Si
« pour opérer la réduction proportionnelle de legs faits,
« les uns en usufruit, les autres en pleine propriété, il
« devenait nécessaire d'estimer la valeur des legs d'usu-
« fruit, l'évaluation devrait avoir lieu eu égard à l'âge, à
« l'état de santé du donataire ou du légataire, et aux au-
« tres circonstances particulières de chaque espèce. » (1)

Une dernière hypothèse que nous n'avons pas examinée jusqu'ici, est celle où le disposant laisse pour héritier à réserve un seul enfant issu de son mariage avec l'époux au profit de qui il a disposé. Mettons encore en présence deux legs qui n'excèdent pas, chacun pris en particulier, la mesure des deux disponibles respectifs. L'époux est légataire d'un quart en propriété et un quart en usufruit, un étranger légataire de moitié en propriété. Comment réduirons-nous ?

M. Boutry n'a pas tiré dans cette situation toutes les conséquences de son système ; et cela pour la bonne raison que d'après lui, quand il n'y a qu'un enfant commun, le disponible de l'époux se confond avec le disponible ordinaire. Nous avons soutenu une théorie toute contraire. Dès lors, pour résoudre la question, nous dirons comme tout à l'heure, qu'il faut prélever réellement au profit du gratifié le plus favorable, ce que lui seul pouvait recevoir.

1. Aubry et Rau 4^e édit. t. VII, § 689. 3^e d.

Ainsi, qu'est-ce qui fait la différence de disponible entre l'époux et l'étranger ? Un quart de nue-propriété. Dans notre exemple, le légataire étranger prélèvera donc un quart en nue-propriété. Ensuite, dans la mesure du quart de pleine propriété et du quart d'usufruit restant libres, l'étranger et l'époux sont sur un terrain commun de disponibilité ; l'art. 926 reprendra donc son empire ; c'est-à-dire que la réduction proportionnelle aura lieu après évaluation respective des deux usufruits, évaluation que leur concours rend nécessaire.

C'est la théorie qu'a consacrée la Cour de cassation dans un arrêt du 4 janvier 1869 (aff. Gayot, Dall. 1869, 1, 10) formant sur ce point la règle de la jurisprudence. L'espèce à juger, légèrement différente de celle que nous venons de supposer, mettait en jeu exactement les mêmes principes. Une femme, par contrat de mariage, avait fait donation à son mari de l'usufruit de tous ses biens ; cette donation s'était trouvée réduite à moitié par suite de l'existence d'un enfant au décès de la donatrice. Il existait aussi des dispositions testamentaires en toute propriété, au profit tant du mari que de tiers ; de sorte que les deux disponibles des art. 913 et 1094 se trouvaient excédés. L'héritier réservataire était d'ailleurs hors de cause, le débat s'étant élevé sur le point de savoir comment on procéderait à la réduction de ces diverses libéralités. La Cour d'Orléans, le 15 février 1867, décida que les légataires étrangers devraient d'abord prélever un quart de la nue-propriété pour eux

seuls et que l'autre quart disponible devrait être partagé entre ces mêmes légataires, s'ils n'étaient pas remplis de leurs droits, et le mari, chacun au prorata de son legs. Sur le pourvoi, la Cour de cassation confirma cette doctrine en considérant que, déduction faite de la donation qui attribuait au mari moitié en usufruit, la femme pouvait encore disposer de moitié en nue-propiété, « savoir, soit de ladite moitié en faveur
« de légataires étrangers, soit d'une fraction quelconque
« de ce restant disponible à leur profit et d'une autre
« fraction au profit de son conjoint ; mais qu'en pareille
« hypothèse, ce dernier n'a rien à prétendre dans le
« restant disponible en dehors de la fraction qui, ajoutée à l'usufruit de moitié des biens, atteindrait la limite extrême de l'art. 1094. »

On objecte à ce système qu'il introduit dans l'opération de la réduction deux masses distinctes, tandis que l'art. 926 prescrit de n'en former qu'une ; on dit que les règles de la réduction sont, avant tout, communes à tous les gratifiés ; que l'exception ne commence pour l'époux que si, par l'effet de la distribution du disponible entre lui et des tiers, il arrivait à avoir plus que ne permet l'art. 1094 ; que, tant que ce résultat n'est pas obtenu, on reste dans le droit commun ; enfin, qu'en matière de legs et donations simultanées, au moins, les principes de la réduction sont basés sur la volonté présumée du *de cujus*. Or, si un époux donne à son époux plus que n'indique

l'art. 1094, il doit être présumé avoir voulu lui donner au moins autant.

Ces objections ne semblent pas solides. Sur la présomption d'intention du disposant, nous répondrons : Que ne manifestait-il sa préférence par une indication expresse ? à défaut de cette donnée, c'est à la loi qu'il faut se référer et, si la loi veut l'égalité proportionnelle entre les légataires, c'est bien entendu sur cette base que les légataires viendront au concours avec des chances égales ; qu'ils partageront un bien sur lequel ils pouvaient recevoir une égale vocation.

Quand à prétendre que l'art. 926 est violé — ce qui pour le dire en passant, est un reproche qu'on pourrait adresser à l'ensemble du système que nous avons soutenu, — c'est purement et simplement méconnaître qu'il y ait certains donataires pour lesquels s'accroît ou se restreint le disponible du droit commun. M. l'avocat général Rlanche, dans ses conclusions sur l'affaire soumise à la Cour de Cassation le 4 janvier 1869, réfute ainsi l'objection : « Sans doute, l'art. 926 dispose que, dans le cas
« où les libéralités testamentaires excéderont soit la quo-
« tité disponible, soit la portion de cette quotité qui res-
« terait après avoir déduit la valeur des donations entre
« vifs, la réduction sera faite au marc le franc... ; mais
« cet article, en disposant ainsi, considère que tous ceux
« qui prendront part aux biens héréditaires ont tous
« des droits égaux sur les valeurs qui seront mises en
« distribution... Cette disposition cesse évidemment

« d'être applicable lorsque, comme dans l'espèce, parmi
« les légataires, il y en a qui ont droit à tout ce qui
« reste disponible, et d'autres qui n'ont droit qu'à une
« partie de ce disponible. Dans ce cas, ceux qui ne
« peuvent prendre part qu'à une certaine partie du
« disponible, ne peuvent pas exercer leur marc le franc
« sur les biens placés par la loi en dehors et au-delà de
« leurs droits. »

QUATRIÈME PARTIE

DES DONATIONS INDIRECTES OU DISSIMULÉES

La loi ne s'est pas contentée de poser les limites que les libéralités entre époux ne doivent pas dépasser. Elle a prévu le cas où on tenterait de faire échec d'une façon quelconque à ses dispositions, et elle les a sanctionnées en statuant dans l'art. 1099 sur le sort des donations indirectes ou dissimulées.

« Les époux, dit cet article, ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation, ou déguisée, ou faite à des personnes interposées, sera nulle. » L'art. 1100 établit ensuite une présomption d'interposition de personnes qui servira à l'application de la décision qui précède : « Seront réputées faites à personnes interposées, les « donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des « enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et « celles faites par le donateur aux parents dont l'autre « époux sera héritier présomptif au jour de la donation, « encore que ce dernier n'ait pas survécu à son parent « donataire. »

Il ressort du texte même du Code, que deux sortes de donations entre époux sont visées ; deux sortes différentes dans les termes tout au moins. La donation simplement indirecte, c'est à dire celle qui résulte d'un acte qui n'est pas lui même une donation, mais qui est bien ce qu'il paraît être. Et la donation dissimulée, c'est-à-dire celle qui se fait par un acte d'apparence fausse, ou à l'aide de l'intervention d'un faux bénéficiaire dans l'acte à titre gratuit. Nous étudierons successivement ces deux sortes de dispositions.

CHAPITRE I^{er}

DONATIONS INDIRECTES

La donation *indirecte*, dans le véritable sens du mot, n'est donc une donation que par le résultat. On la trouve, au fond d'un acte tout autre, mais d'un acte sincère. Le donateur n'a pas caché ce qu'il voulait faire ; il a pris, si nous pouvons dire, un chemin détourné.

Cette définition ne convient pas, on le voit, à ces actes de libéralité qui ne se séparent de la donation propre-dite que par l'absence des formes solennelles des art. 931 et suivants. Par exemple, le don manuel, dont il faut bien admettre la légitimité, entre époux même, puisqu'aucun texte n'en prononce la nullité (Orl. 21 juil. 65. S. 66. 2. 126) ; par exemple encore, la remise de dette ; la stipulation au profit d'un tiers, qui est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121, C. c.). Ce sont à notre sens, des donations directes. Seulement, par exception, elles sont dispensées de solennité. Au contraire, nous voyons une donation indirecte, dans le fait d'un cohéritier qui renonce à une succession pour que sa part accroisse à celle de son cohéritier ; d'un légataire qui renonce

à son legs pour que l'héritier bénéficie d'autant; d'un vendeur qui consent l'aliénation de sa chose à un prix inférieur à sa valeur réelle, pour que l'acheteur trouve un avantage dans l'opération. Tout ce qui fait la donation est là : l'intention libérale que nous supposons dans une des parties à l'égard de l'autre ; l'appauvrissement de la première, l'enrichissement de la seconde. Pourtant l'acte s'appellera une renonciation ou une vente, et c'est bien en effet, une renonciation ou une vente qui a eu lieu. Nous disons qu'il y a par le résultat obtenu, une donation indirecte.

Peu importe, au reste, le sens plus ou moins large que l'on donnera à l'expression : donation indirecte. Dans aucun cas, et à la faveur d'aucune combinaison, il ne faut que la quotité disponible soit excédée ; et en décidant que les époux ne pourraient pas se donner indirectement plus qu'ils ne pourraient se donner directement, l'art. 1099, 1^{er}alinéa, a édicté une règle de bon sens. Que si l'excès se produit, l'application des principes veut qu'on ramène la libéralité à sa limite légale (art. 920). « Cette libéralité indirecte sera valable tout entière, si elle n'excède pas la quotité disponible, et elle sera seulement sujette à réduction si elle l'excède (1). »

C'est évidemment l'intention libérale qui forme la base de la donation que nous découvrons dans les actes que nous avons cités ; et évidemment aussi, ce sera à

1. Demol, Don. VI, n° 610. — V. aussi Aubry et Rau, 4^e éd. t. IV, p. 351.

celui qui voudra faire réduire la libéralité, à montrer que cette intention libérale existait. Sans elle, nous sortons de notre sujet; et la difficulté de fait que la preuve peut offrir ne diminue en rien la rigueur de la déduction. C'est ce que Pothier discernait très-exactement (1). Il suppose d'abord un mari légataire d'une personne dont sa femme est héritière *ab intestat*, et qui renonce à son legs. Pas d'avantage indirect si « le mari ne fait en cela
« que ce que font par générosité, des personnes qui répudient un legs qui leur a été fait par leurs amis ou leurs
« clients.... Mais qui n'ont d'autre vue que de laisser
« les choses dans leur cours naturel et de ne pas s'enrichir des biens d'une famille étrangère. »

Il y a avantage, au contraire « lorsque le mari qui était
« seul dans le degré le plus prochain pour recueillir une
« succession opulente, la répudie pour la faire passer à
« sa femme qui se trouve être dans le degré suivant. »
M. Demolombe (n° 454) en rapportant ce passage de Pothier s'associe sans réserve à la distinction qu'il propose.

La vente consentie à bas prix peut être, avons-nous dit, une donation indirecte; il y a donation pour tout ce dont la valeur de l'objet vendu dépasse le prix; en supposant toujours qu'il y a un prix, puisque la condition de la donation simplement indirecte est un acte sincère. La loi elle-même suppose qu'une vente de cette nature consentie entre époux peut donner lieu à l'action en réduction.

1. Des donations entre mari et femme, n° 88.

tion, puisqu'après avoir énuméré dans l'art. 1595, les trois cas exceptionnels où la vente entre époux est possible, elle ajoute : « Sauf dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect. » (Cass. 11 mai 1868, S. 68, 1, 432).

La source la plus abondante d'avantages indirects entre époux se trouve bien entendu dans le régime matrimonial auquel ils sont soumis, soit par suite de leur convention, soit par la volonté de la loi. Mais il a été dit plus haut déjà que, dans une seule hypothèse, l'enrichissement que l'adoption de tel ou tel régime peut procurer à un époux au détriment de l'autre est considéré comme un avantage indirect ; c'est quand, par rapport à l'époux appauvri, il y a union en secondes noces, avec enfants de la première union (art. 1496 et 1527) (1). Encore savons-nous que dans cette hypothèse, peu importe que l'avantage soit intentionnel ou non ; on ne considère que les effets produits par l'association conjugale soumise à tel ou tel régime ; on voit si, en fait il y a eu excès sur le disponible de l'art. 1098 ; et cela suffit pour qu'il y ait lieu à réduction. Dans tout autre cas, le caractère onéreux du contrat prédomine, et devant lui s'efface, aux yeux de la loi, l'avantage que l'un des époux a pu en retirer.

Nous dirons enfin que la question de réduction ne se pose même pas entre époux à l'égard de ces libéralités

1. V. Liège, 18 nov. 1882. Charlier, D. 83, 2, 239.

qu'on est convenu de comprendre sous le nom de cadeaux ou présents d'usage. Ces libéralités ne sont pas plus des donations réductibles qu'elles ne sont des donations rapportables (art. 852). Les raisons sont les mêmes de part et d'autre.

CHAPITRE II

DONATIONS DISSIMULÉES

Les donations dissimulées se séparent nettement des donations indirectes dont nous venons de parler. Tout à l'heure, la libéralité prenait corps dans un acte autre qu'une donation, mais ne contenant cependant ni déguisement ni fraude. Ici, pour arriver au même but, et y arriver plus largement même, le donateur masque l'effet qu'il poursuit sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, par conséquent exempt de réduction quoiqu'il arrive. Par exemple, il souscrit une reconnaissance pour une somme qu'il n'a pas empruntée ; il se reconnaît dans son contrat de mariage, débiteur d'un apport qui ne lui a pas été compté ; il vend son immeuble pour un prix exact, mais il donne quittance sans l'avoir reçu. Dans toutes ces hypothèses, l'acte qui apparaît au grand jour n'est qu'un déguisement ; ce qu'on a réellement voulu obtenir, c'est une donation. Ou bien encore, le donateur fait ouvertement donation à une tierce personne, mais cette dernière est chargée de transmettre à celui qu'on veut réellement avantager, le bénéfice de la libéralité. Voilà l'interposition de personne. Cette interposition, ce

déguisement, l'art. 1099, 2^e al., les prévoit à propos de donations entre époux, et il les réprime en prononçant la nullité de la donation entachée de l'un ou de l'autre de ces vices.

Quelle est en principe, et alors que le donateur et le donataire ne sont pas deux époux, la valeur d'une donation qui se dissimule sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ? Est-elle nulle à cause du déguisement même ? Est-elle valable au contraire pourvu qu'elles s'adresse indirectement à une personne capable et ne dépasse pas la mesure de ce qui aurait pu être donné directement, et, dans le cas contraire, réductible à cette mesure même ? Poser cette question, c'est rappeler une controverse célèbre aujourd'hui tranchée par la jurisprudence dans le sens de la validité. Cette thèse tire son plus ferme appui des textes qui déclarent les donations déguisées *nulles* quand elles sont faites à un *incapable* (art. 911), d'où argument *a contrario* ; — *rapportables* quand elles sont faites à un successible (art. 853) ; — *réductibles* quand elles dépassent la quotité disponible (art. 918).

Une partie de la doctrine s'est également rangée à cette opinion (1). Les auteurs qui la combattent font ressortir combien il est irrationnel de supposer que la loi ait permis aux donateurs de s'affranchir des solennités de formes qu'elle avait prescrites avec tant de soin ; et ils appliquent les articles invoqués aux donations qui se

1. V. Aubry et Rau, t. VII, § 659. texte et note 24.

combinent accessoirement avec un véritable contrat à titre onéreux, comme une vente intentionnellement consentie à un prix modique. En un mot, à des donations simplement *indirectes* (1).

Quelque parti qu'on prenne dans cette discussion générale, on a, en ce qui concerne les donations entre époux déguisées ou faites par personnes interposées, un texte, l'art. 1099, 2°, qui édicte la nullité sous une forme telle qu'il ne semble pas que le doute soit possible sur sa portée. Et cependant, on s'est demandé quel était exactement le sens de cette disposition, ce qu'il fallait entendre par cette nullité. Quatre opinions se sont même produites.

Dans un premier système, qui applique la théorie générale ci-dessus énoncée, on dit que le 1^{er} alinéa de l'art. 1099 rappelle ce principe qu'on ne doit pas pouvoir faire par voie indirecte ce que la loi défend de faire directement. Celui qui, indirectement, donne au-delà du disponible, verra sa donation réduite aux limites légales. Or, parmi les avantages indirects, les plus fréquents peut-être sont ceux qui se présenteront sous la forme de donations déguisées ou faites par personnes interposées. Le 2° alinéa de l'article, complètement inséparable du premier, fait à ces sortes d'avantages l'application du principe. Si donc ils excèdent le disponible, ils seront nuls dans la mesure où ils l'excèdent, autre-

1. V. Demolombe, *Don.*, t. III, n°s 99 et s. Demante, t. IV, n° 3 *bis*, V et VI, n° 32 *bis* I. — Mourlon. *Rép. écr.* t. 2, n° 681.

ment dit réductibles. S'ils ne l'excèdent pas, ils seront valables pour le tout (1).

Un second système distingue. Il déclare la libéralité déguisée nulle pour le tout ou valable pour le tout, suivant qu'*en fait* elle excède ou n'excède pas la quotité disponible (2).

Un autre système distingue aussi, mais d'une autre façon. La libéralité déguisée sera nulle pour le tout ou simplement réductible, suivant qu'elle a été ou non faite *dans le dessein* de dépasser la quotité disponible, quel que soit d'ailleurs le résultat, et qu'elle la dépasse ou non, en fait (3).

Enfin, une quatrième opinion, la plus rigoureuse, mais aussi la plus juridique, suivant nous, prononce la nullité de la donation, déguisée ou faite par personnes interposées dans tous les cas.

Nous disons d'abord que la vérité ne peut se trouver dans aucun des deux systèmes intermédiaires. Un reproche qu'ils encourent l'un comme l'autre, c'est qu'ils distinguent là où la loi s'est exprimée en termes absolus. D'autre part, si on les prend séparément, on voit dans

1. Bugnet, sur Pothier. t. VII Des. don. entre mari et femme, nos 78-81. — Lyon, 18 nov. 1862, S. 63, 2; 51. Grenoble, 21 mars 1870. Montagnat, S. 70, 2, 240.

2. Troplong, t. IV, n° 2744. — Cass. 7 fév. 1849, de Ville-d'Avray, S. 49, 1, 165. Orléans, 10 fév. 1865, S. 65, 2, 168. Delorme. — Bordeaux, 16 fév. 1874. S. 74, 2, 206.

3. Aubry et Rau, sur Zach. 3^e éd. t. V, p. 624-625, Voir Caen, 30 avril 1853, Margueritte. S. 1853, 2, 699.

un de ces systèmes, mettre en cause l'intention frauduleuse chez le disposant : source de difficultés insurmontable dans la pratique. Comment prouver cette intention, à moins de poser des présomptions qui ne seront que de l'arbitraire pur et simple ? Dans l'autre opinion intermédiaire, la distinction se justifie moins encore. Il serait logique, au moins, s'il n'est pas admissible en présence du texte si net de la loi, qu'on se décidât suivant la bonne ou la mauvaise foi du disposant. Mais comment croire que la solution dépende de ce fait que la quotité disponible se trouve ou ne se trouve pas excédée ? Entre le moment où le donateur dispose et celui où il décède, sa fortune peut éprouver des variations considérables ; ses héritiers à réserve peuvent n'être plus les mêmes. Le sort de la disposition ne saurait être attaché à des circonstances qu'il ne pouvait ni prévoir ni dominer.

Ces deux opinions écartées, reste celle qui ne voit dans le second alinéa de l'art. 1099 qu'un développement du premier. Cette opinion va directement contre le texte de la loi ; elle va aussi contre la logique des choses.

I. — Le texte d'abord, est d'une clarté absolue. « Toute donation ou déguisée ou faite à des personnes interposées sera nulle. » Il ne semble pas que ces mots soient susceptibles de deux interprétations. Celle qu'en donne l'opinion que nous combattons ne va à rien moins qu'à effacer du Code l'art. 1099 tout entier, Son premier alinéa, nous dit-on, rappelle que les donations indirectes sont réductibles comme les autres, et le second applique

la règle aux donations déguisées. Mais à quoi bon ? N'était-ce pas l'évidence même que les donations déguisées ne sont pas des donations directes ? Ainsi, on prétend que le législateur a dit deux fois la même chose ; mais c'était doublement inutile ; les principes généraux suffisaient pour résoudre la question. Bien plus : on suppose que le Code s'est exprimé la seconde fois en termes incorrects ; car il aurait qualifié de nulle, une libéralité, en voulant dire qu'elle est réductible. Ce serait plus qu'une redondance ; ce serait une inexactitude. Le moins qu'on puisse dire est que l'art. 1099 est à supprimer. Plutôt que d'aller jusque là, nous aimons mieux croire que le législateur a précisément traduit sa pensée dans les termes qu'il fallait ; et qu'il a bien entendu frapper de nullité les donations dissimulées.

On nous répond que l'art. 1099 est peut-être inutile, mais que ses deux parties visent bien les mêmes libéralités ; dans le langage du code, donation indirecte et donation déguisée sont des expressions qui représentent une idée commune ; à preuve, l'art. 843, où pour englober dans une seule décision toutes les donations possibles, on dit que le rapport est dû pour les dons reçus « directement ou indirectement ». C'est exact, et on ne peut contester que les donations dissimulées soient des donations indirectes *lato sensu*. Mais la réciproque ne serait pas vraie. La donation dissimulée est à la donation indirecte ce que l'espèce est au genre. Telle disposition générale faite pour la donation indirecte s'appliquera à la donation dé-

guisée, le rapport, par exemple, en principe. Quand il y aura lieu de distinguer, la loi ne manquera pas de le faire. C'est ce qu'on trouve dans les art. 847 et 849. C'est ce qu'on trouve encore dans l'art. 1099 où il y a, entre les deux solutions présentées, une antithèse manifeste.

On nous objecte encore que, dans l'art. 911, la loi a également frappé de nullité toutes dispositions au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse par personnes interposées. Et cependant, si nous supposons une donation déguisée faite par un père naturel à son enfant, l'interprétation généralement admise de l'art. 911 est que la donation ne sera pas nulle, mais bien réductible à la portion que l'enfant naturel pouvait recevoir (a. 908), si cette portion est dépassée; et valable dans le cas contraire. La réponse est que dans la limite où l'enfant naturel peut être avantagé, il n'est pas un incapable, et la nullité n'est prononcée que contre l'incapable. La nullité frappera donc exclusivement la portion excessive de la donation. L'art. 1099 au contraire ne vise pas l'époux *incapable* de recevoir; il vise l'époux en général. « La qualité d'époux existe toujours, bien entendu, dit M. Demolombe; elle n'est pas susceptible de plus ou de moins. » Il s'agit donc bien de nullité dans la force du terme. (1).

Au surplus, dans une autre interprétation, on conteste que l'art. 911 se réfère au cas de l'enfant naturel. « Cet art. n'a pas trait, dit M. Boutry (2), à l'indisponibilité

1. Demol. Don. t. VI, n° 614, 1°. — V. Marcadé, t. IV, n° 356.

2. Donation entre époux, n° 460.

« des biens dont s'était occupé incidemment l'art. 908, « mais bien à l'incapacité de recevoir dont la loi avait « frappé dans les articles précédents les personnes non « conçues (a. 906), les tuteurs (a. 907), les médecins et « les ministres du culte (a. 909). » Si pour toutes ces personnes, absolument ou relativement incapables, le mot nullité de l'article 911 est bien pris dans son sens propre, pourquoi voudrait-on que, dans l'article 1099, le Code, en disant : libéralité nulle, ait entendu : libéralité réductible ?

II. — Donner la même décision pour les donations déguisées et pour les donations simplement indirectes, c'est ce qu'en logique le législateur ne pouvait pas faire. « Entre les avantages indirects, mais ostensibles, dit la « Cour d'Agen dans un arrêt du 5 décembre 1849, il y a « toute la différence qui sépare la vérité du mensonge ; « le législateur devait être indulgent là où il ne s'agissait « que d'une question de quotité ; mais il a dû s'armer « d'une rigueur salutaire lorsqu'à l'aide d'un déguisement on a tenté de frauder la loi. » (Aff. Magnès, Dall. 1850, 2, 7.

Que la règle soit sévère, en effet, nous ne le nions pas. Mais c'était le seul moyen peut-être de combattre la fraude dans une matière où, plus qu'en toute autre, les principes de la réserve peuvent être mis en échec chaque jour. D'ailleurs, on peut soutenir que la réserve seule n'est pas en cause, et qu'en prenant les donations entre époux faites au cours du mariage, il y a aussi le principe

de la révocabilité à sauvegarder (art. 1096). C'est ce qui permet de repousser un argument tiré de l'art. 918, lequel ne soumet qu'à la réduction certaines aliénations à fond perdu, que l'on présume cacher une libéralité. Dans ce cas, dira-t-on, la règle de la révocabilité ne peut pas être en jeu. Tandis qu'avec l'art. 1099, le danger de voir la loi transgressée était plus grand ; il était double. De là la rigueur singulière de sa décision.

Quoiqu'il en soit de la question de savoir si l'art. 1099 sert effectivement de sanction au principe de l'art. 1096, on combat l'interprétation rigoureuse, en disant qu'elle est contraire à la tradition. La distinction entre les donations indirectes et les donations dissimulées, n'a jamais été faite comme nous le comprenons, à ce qu'on assure ; dans tous les cas, il n'y avait lieu qu'à réduction de la libéralité excessive. Nous répondrons que la tradition n'a pas en notre question l'unanimité voulue. M. Demolombe, n° 614-3°, y trouve précisément des armes pour défendre le système qui est le nôtre. Il cite un passage de Rous-silhe (*Traité de la dot*, t. II, n° 539) où cet auteur penche pour la nullité absolue d'une donation dissimulée. Où nous ne suivrons pas M. Demolombe, c'est quand il s'appuie, d'après Pothier, sur une loi romaine généralement invoquée en cette matière, la l. 5 § 5, D. *de don. int. vir. et ux.*, 24, 1. Nous avons parlé ailleurs de ce texte, qui est d'Ulpien. Prenant une vente entre époux, consentie à bas prix, il fait, en effet, une distinction suivant que la vente, dans l'intention des parties, est faite sincèrement

ou n'a d'autre but que de masquer une donation (Comp. Ulp. l. 38, D. *de contrah. empt.*, 18, 1). Mais, qu'on le remarque bien, ce n'est pas sur la réductibilité ou la nullité de la donation que pouvait statuer le jurisconsulte. Il suppose la donation interdite dans tous les cas entre mari et femme; par conséquent ce qu'il examine, c'est la question de la validité de la vente. La vente simulée, c'est-à-dire sans prix, est nulle entre tous, et non pas seulement entre époux. Entre époux même, est nulle aussi la vente à bas prix, si elle ne sert qu'à dissimuler la donation. Sinon, elle est nulle partiellement, dans la mesure où une donation se combine avec elle. Voilà, croyons-nous, le système d'Ulpien. Mais, dans tous les cas, le problème que fait naître l'interprétation de l'art. 1099 est différent. La question ne pouvait se poser dans un système de législation n'admettant pas les donations entre époux, déclarant *à priori* ces époux incapables de recevoir l'un de l'autre à titre gratuit, comme elle se pose pour nous aujourd'hui. Aussi ne trouvons-nous pas qu'on puisse tirer de la l. 5 § 5, de conclusion bien probante.

D'ailleurs, notre distinction n'est pas dans la loi *hac edictali* ni dans l'édit des secondes noces : il se peut. Mais notre art. 1099 (au moins, nous allons essayer de le démontrer tout à l'heure) n'est pas fait seulement pour l'hypothèse des seconds mariages. Il a donc pu inaugurer un système de répression original.

Mais laissons la tradition. La clarté des termes de cet article et le caractère éminemment rationnel de la dis-

inction qu'il nous semble contenir doivent l'emporter sur toute autre considération (1).

Le sens exact de l'art. 1099 ainsi déterminé, nous avons à nous demander quelle est sa portée d'application. Une opinion s'est produite, d'après laquelle cet article sanctionnerait seulement l'art. 1098 dont il est le plus proche, et non pas l'art. 1094 (2). Outre l'indice que cette proximité fournirait, on expliquerait justement l'extrême sévérité de l'art. 1099 par la raison qu'il ne serait fait que pour les secondes noces. La réserve de l'art. 1094 ne saurait inspirer les mêmes craintes que celle à laquelle ont droit les enfants d'un premier mariage. Les libéralités entre époux tous deux unis en premières noces sont vues avec plus de faveur. C'est pour cela que l'art. 1094 est en dehors de la question. Nous croyons, au contraire, que l'art. 1099 sanctionne à la fois l'une et l'autre réserve. Quel qu'en soit le taux, on peut redouter les simulations qui rendraient la réserve illusoire et les poursuivre énergiquement. D'ailleurs, le texte est là. L'art. 1099 dit : *les époux* ; donc il ne vise pas seulement un époux remarié ; il dit encore : *les dispositions ci-dessus* ; donc il renvoie à plus d'un article. L'article 1100 dit enfin : *l'un des époux*. Il faut admettre, ou que les art. 1094 et 1098 sont tous deux en cause, ou que les art. 1099 et 1100 ont été faits pour l'hypothèse, assez rare, où deux

1. Dans le même sens, M. Colmet de Santerre, t. IV, n° 279 *bis*, Cass. 23 mai 1882, Vertadier. S. 83, 1, 472,

2. V. Toullier. T. V, n° 891.

époux auront chacun des enfants d'un mariage précédent (1).

Les donations déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles. Qui peut invoquer la nullité ? Ceux bien entendu pour qui la mesure de protection a été écrite, c'est-à-dire les réservataires de l'art. 1094 ou de l'art. 1098 suivant les cas. Mais nous refuserions cette action à tout autre ; et notamment au donateur (au donateur par contrat de mariage seulement, diraient ceux pour lesquels la nullité dont s'agit sanctionne aussi le principe de révocabilité de l'art. 1096), et encore aux créancier du donateur, à moins qu'ils n'agissent en vertu de l'art. 1167 (2). Il est évident que l'action pour faire prononcer la nullité est un droit né en la personne des réservataires et qui ne compète qu'à eux. L'invoquer, c'est invoquer la réserve ; et le résultat sera pour eux qu'ils recevront d'autant plus qu'ils ont couru un plus grand risque d'être totalement dépouillés. Envisagée à ce point de vue, l'action en nullité renforce et affirme en quelque sorte l'action en réduction. Nous serions donc porté à croire, malgré l'art. 1304, qu'elle se prescrit par le même laps de temps, c'est-à-dire trente ans.

1. Demol., Don. t. VI, n° 607. — Marcadé, art. 1099, n° III. — Aubry et Rau, t. VII, § 689, note 11. — Montpellier 28 fév. 1878. Roussel, S. 76, 2, 241.

2. Cass. 2 mai 1835, Deballut, S. 1836. 1, 178, — Rouen, 23 déc. 1871, S. 72, 2, 101, Lebigre. — Cass. 2 fév. 1881, Chabaneau, S. 81, 1, 340. — Cass. req. 25 juillet 1881. Bornot. S. 82, 1, 49. — Nîmes, 27 nov. 1882. Massé. D. 83, 2, 224. Cass. civ. 22 juil. 1184. Boisset, S. 85, 1, 112. Aubry et Rau, t. VII, § 690, texte et notes 37, 38-43. *Contrà*, Demol., n° 615.

Il va de soi que la preuve de la simulation ou de l'interposition de personne devra être faite par le demandeur en nullité. Toutefois, dans certains cas, cette preuve dont la difficulté est manifeste n'aura pas à être administrée, parce que la loi y a pourvu en établissant elle-même des présomptions d'interposition : c'est l'objet de l'art. 1100. Nous pouvons remarquer tout de suite que, lorsque cet article s'appliquera, la preuve contraire ne sera même pas possible, puisque nous avons affaire à une présomption sur le fondement de laquelle un acte est annulé (art. 1352), (Lyon, 14 mai 1880, Millet, S. 81, 2, 38). Toute réserve faite cependant en ce qui concerne l'aveu et le serment décisive, qui restent toujours possibles lorsque, comme dans notre espèce, l'ordre public n'est point en jeu : c'est en ce sens au moins que l'art. 1352 *in fine* est généralement entendu (1).

A. — L'art. 1100 présume d'abord personnes interposées les enfants ou l'un des enfants de l'époux donataire issus d'un autre mariage.

Sous cette expression, *les enfants*, il faut évidemment comprendre, par identité de motifs, les descendants, à quelque degré que ce soit (arg. des art. 911 et 914). Et d'autre part, il est non moins évident que les enfants communs ne rentrent pas dans la présomption. A défaut de la tradition qui est certaine en ce sens (2), à défaut même de la précision des termes de notre article dans

1. Marcadé, t. 5, art. 1352, III.

2, Lebrun, successions, 1, 2, ch. 6, Sect. 1^o, dist. 2, nos 2 et s.

lequel l'antithèse est frappante avec les enfants issus du commun mariage, il y aurait une raison d'équité et de bon sens. Il est par trop nécessaire qu'on puisse, par exemple, doter son enfant sans avoir à craindre une présomption d'interposition de personne ; dans tous les cas, même, les libéralités de parents à enfants sont trop conformes aux inspirations de la nature pour que leur sincérité soit jamais soupçonnée.

C'est précisément l'antithèse que nous signalons dans la rédaction de l'art. 1100, qui doit nous éclairer sur sa portée. En disant « enfants issus d'un autre mariage », il a voulu surtout dire enfants qui ne sont pas issus du mariage actuel ; par conséquent, la présomption s'appliquera aux enfants naturels et même aux enfants adoptifs du conjoint avantagé (1).

B. — Sont encore présumées personnes interposées, les parents dont l'époux gratifié était héritier présomptif au jour de la donation, encore qu'il n'ait point survécu à son parent donataire.

Les *parents* et non pas les *père et mère* seulement du conjoint, comme le décidait l'édit de 1560 : ce que l'on interprétait d'ailleurs par les ascendants en général, conformément à la règle posée par le droit romain (l. 51 et l. 201. D. *de verb. sign.* 50, 16). (2) En ce sens notre loi est donc plus rigoureuse que l'Édit. Mais, en sens inverse,

1. Demol. Don. VI, n° 618, Marcadé, t. IV, n° 359. V. p. les enf. nat. Cass. req., 25 juillet 1881. Charpentier. S. 82, 1, 417.

2. Pothier. Contrat de mariage, n° 539.

une condition qui n'était pas exigée et qui est nécessaire, maintenant, c'est que le conjoint soit au jour de la donation, héritier présomptif du parent donataire. Tel ne serait pas le cas du conjoint dont l'aïeul recevrait une libéralité de l'autre époux, le père dudit conjoint vivant encore. La question d'interposition de personne étant soulevée, les juges du fait pourront bien trouver un indice dans ce rapport de parenté qui existe entre le donataire et l'époux du donateur; autrement dit, la preuve pourrait être plus facile; mais cette preuve il faudrait la faire.

C'est au jour de la donation que l'art. 1100 veut qu'on se place pour examiner si le conjoint est héritier présomptif de son parent donataire; encore qu'il ne lui ait pas survécu, c'est-à-dire encore qu'il ne soit venu effectivement à sa succession, soit parce qu'il est mort le premier, ou parce qu'il a renoncé, ou parce qu'il a été exclu de cette succession comme indigne. La loi entend que les faits ultérieurs n'aient aucune importance; de telle sorte que si le conjoint finissait par succéder en réalité à son parent donataire, on n'en serait pas moins en dehors de la présomption, du moment qu'il n'était pas son héritier présomptif au jour de la donation.

Et il est très juste de se reporter à ce jour en effet, et non pas à celui du décès du donateur, puisque ce qu'on apprécie, c'est la sincérité de la disposition, par conséquent une question d'intention. On a proposé toutefois, d'envisager le jour du décès au lieu du jour de l'acte,

lorsqu'il ne s'agit plus d'une donation proprement dite, mais bien d'un legs (1); parce que « les testaments n'ont d'effet qu'à la mort ». Mais c'est ne pas tenir compte du vœu de la loi qui poursuit, dans tous les cas, une intention frauduleuse. Or, il faut rechercher cette intention lors de la confection du testament et non lors de son ouverture. D'ailleurs, ou l'art. 1100 n'a pas prévu les legs (ce qu'on ne saurait admettre); ou le terme « donation » est générique et comprend à la fois les donations entre vifs et les donations testamentaires. S'il en est ainsi, la règle est la même pour les unes comme pour les autres (2).

Il nous paraîtrait équitable d'ailleurs de décider que la présomption de l'art. 1100 ne reçoit plus d'application quand la libéralité, faite à un enfant du premier lit du conjoint, ou à un parent dont le conjoint est l'héritier présomptif, est de telle nature que ledit conjoint n'en puisse jamais recueillir le profit. Nous ne trouvons plus alors la base essentielle de la présomption d'interposition, à savoir que le donataire ou le légataire apparent doit probablement faire passer au conjoint le bénéfice de la libéralité; ou qu'enfin, le conjoint le retrouvera un jour dans sa fortune. C'est en ce sens que la cour de Caen a prononcé, à propos d'un legs de rente viagère fait par un mari au profit de l'enfant que sa seconde femme avait eu d'un mariage antérieur; mais sous la condition que ce serait seulement au décès de cette seconde femme que la

1. Coin-Delisle. art, 1100, n. 9.

2. Demolombe, Don. VI, n. 622. Marcadé, t. IV, n. 360.

rente en question prendrait cours (Caen, 13 nov. 1847, *de Ville d'Avray*, Sirey 1848, 2, 677) (1).

1. V. aussi Demolombe. Don. et Test. t. I, n. 663 et l'arrêt précité de la C. de Lyon du 14 mai 1880 (S. 91, 2, 38).

POSITIONS

Droit Romain.

a. — *Positions prises dans la Thèse.*

I. A Rome, il y avait mariage, quand au consentement des époux se joignait, ou la possibilité actuelle de cohabitation physique, ou, au moins, la mise de à la femme la disposition du mari.

II. La donation d'une *res aliena* par le mari à la femme, ne forme, pour cette dernière, une *justa causa usucapiendi* que s'il n'y a pas appauvrissement du donateur.

III. Le mari ne pouvait, en principe, abandonner à sa femme la jouissance de la dot, mais ce n'était pas par une conséquence de la prohibition générale des donations entre époux.

IV. La l. 44. D. *de don.int.* ne prévoit pas le cas où le mari seul découvre qu'il est propriétaire. S'il s'abstient de revendiquer, la femme usucapera, mais le mari aura contre elle une *condictio* pour obtenir que la propriété de la chose lui soit retransférée, ou qu'il soit indemnisé.

V. L'époux condamné à l'exil ne pouvait faire de donation à son conjoint que si une mesure de faveur le relevait exceptionnellement de la confiscation.

VI. Les décisions contraires de la l. 3 § 12 *de don.int.* d'Ulpien, et de la l. 38 § 1 *de solut.* 46, 3. d'Africain, s'expliquent par la différence de doctrine qui sépare les deux jurisconsultes sur l'admission de la tradition dite *brevis manus*.

VII. En cas d'obligation corréale de la femme et d'un tiers au profit du mari, pour que l'acceptilation faite au tiers ne libère pas la femme en même temps, il faut supposer qu'il n'y avait pas société entre les deux *correi*.

VIII. Toutes les donations entre époux, et non pas seulement les *donationes rerum* étaient confirmées par le prédécès du donateur, en vertu du S.C. d'Antonin Caracalla.

b. — *Positions prises en dehors de la thèse :*

I. La *permissio jura condendi* n'a pas été un privilège distinct du *jus respondendi publicè*.

II. Même sous Justinien, les pactes et stipulations ne suffisaient pas pour faire naître le droit réel d'usufruit ou de servitude.

III. La règle *Dies interpellat pro homine* n'a jamais été admise en droit romain.

IV. Il n'y avait qu'une action Paulienne, personnelle et conçue *in factum*.

Droit Civil Français.

a. — *Positions prises dans la thèse.*

I. La quotité disponible de l'art. 1094 forme un maximum qui ne peut être dépassé, même si l'époux donateur ne laisse qu'un enfant pour héritier à réserve.

II. L'art. 917 n'est pas applicable à l'hypothèse de l'art. 1094. La disposition en usufruit au profit du conjoint, qui dépasse la moitié des biens, est réductible à cette quotité.

III. De même, la disposition en rente viagère ne peut excéder le revenu de la moitié des biens.

IV. Le conjoint gratifié peut être dispensé de fournir caution quand même l'usufruit donné porte sur la réserve.

V. L'art. 1098, dans le cas de plusieurs convols successifs, doit être entendu en ce sens que l'époux remarié ne peut donner à tous ses nouveaux conjoints, ensemble, qu'une part d'enfant le moins prenant.

VI. Quand le disponible ordinaire est inférieur à celui de l'art. 1094, l'époux qui a fait une donation à un étranger, peut encore donner à son époux, non seulement ce qui resterait libre sur le disponible ordinaire, mais encore cet usufruit, portant sur la réserve, dont l'art. 1094 autorise la disposition.

VII. Dans la même hypothèse, la question générale de savoir s'il faut maintenir deux libéralités faites l'une au conjoint, l'autre à un étranger, doit se résoudre par la distinction suivante, quelles que soient les dates respectives de ces libéralités. Si la disposition en faveur du conjoint est en propriété, elle s'impute sur le disponible ordinaire; si elle est en usufruit, elle s'impute à due concurrence sur le disponible spécial de l'art. 1094.

VIII. Dans le cas de l'art. 1098, les enfants du second lit profitent de la réduction et peuvent la demander eux-mêmes.

IX. Pour réduire des libéralités ayant même date, et dont l'une est en faveur de l'époux, il faut commencer par prélever au profit du donataire le plus favorable ce qui forme quant à lui un disponible spécial, soit comme nature de libéralité, soit comme quotité. Ensuite, sa part se trouvant diminuée d'autant, on applique simplement l'art. 926.

X. L'art. 1099. 2^e frappe de nullité, dans tous les cas, les donations déguisées ou faites à personnes interposées.

b. — *Positions prises en dehors de la thèse.*

I. La reconnaissance d'un enfant naturel, même faite dans un testament authentique, est irrévocable.

II L'héritier, même pur et simple, n'est pas tenu du paiement des legs *ultra vires hereditatis*.

III. Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, même quand il s'agit d'une donation soumise à la transcription en vertu de l'article 939 du Code civil.

IV. L'art 1449, 2^o du Code civil doit être interprété en ce sens que, par présomption légale, toute aliénation de mobilier à titre onéreux, est de la part de la femme séparée de biens, un acte d'administration. Mais il n'en n'est ainsi que de l'aliénation directe. Pour l'aliénation indirecte, qui serait le résultat d'obligations que la femme aurait contractées, sa capacité se mesure réellement aux besoins de l'administration.

Droit Coutumier.

I. L'établissement de la Communauté coutumière tient à des causes diverses, sans qu'on puisse assigner à aucune d'elles une influence directe et exclusive. Il paraît vraisemblable d'en chercher l'origine première tant dans les lois barbares qui attribuaient à la femme une portion des acquêts en cas de survie, que dans des conventions matrimoniales lui assurant un droit plus ou moins étendu sur ces même acquêts, qu'elle survive ou non.

Droit des Gens.

I. La théorie suivant laquelle la formation des nations repose-rait essentiellement sur la réunion de certains éléments naturels ou historiques, ne doit pas être acceptée comme donnant le criterium exact de cette formation.

II. Quand l'annexion d'un territoire porte sur un Etat tout entier, ou au moins sur un pays qui avait une nationalité distincte, la nationalité de l'Etat annexant est acquise de plein droit à tous les naturels du pays annexé. Dans l'hypothèse contraire, en l'absence de convention, le changement de nationalité doit at-tindre, suivant nous, tous les individus domiciliés sur le territoire annexé sans distinction d'origine.

III. Un Etat étranger ne peut être poursuivi devant les tribu-naux français pour l'exécution d'obligations contractées envers des Français.

Droit Industriel.

I. La théorie de la complicité des art. 59 et 60 du C. Pénal, doit être appliquée en matière de contrefaçon, nonobstant les art. 41 et 43 de la loi du 5 juillet 1844.

TABLE

DROIT ROMAIN

Des donations entre époux.

	PAGES
--	-------

Introduction.....	1
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Dé la prohibition des donations entre époux.....	13
Chapitre I ^{er} . — Origine et motifs de la prohibition.....	13
Chapitre II. — Etendue de la prohibition.....	49
Section I. — A quelles personnes s'appliquait la prohibition ?.....	49
Section II. — A quels actes s'appliquait la prohibition ?.....	33
§ 1. Donations prohibées.	33
§ 2. Donations permises.....	58
Chapitre III. — Sanction de la prohibition.....	73
§ 1. Donation par voie de dation.....	73
A. <i>Rei vindicatio</i>	74
B. <i>Condictio</i>	79
§ 2. Donation par voie d'obligation.....	88
§ 3. Donation par voie de libération.....	94

SECONDE PARTIE

Des Donations entre Epoux, dans la législation postérieure au Sénatusconsulte de Caracalla.....	99
---	----

	PAGES
Chapitre I ^{er} . — Modification apportée au droit des donations entre époux par le Sénatusconsulte.....	99
Chapitre II. — Etendue d'application du Sénatusconsulte.	112
Section I. — Quelles personnes régissait-il ?.....	112
Section II. — A quels actes s'étendait-il ?.....	115
Section III. — Cas où l'application du S. C. rencontrait des obstacles.....	126
APPENDICE : Des restrictions apportées aux donations entre époux dans les secondes noces	141

Des Donations entre époux dans l'ancien droit français et le droit intermédiaire.

Ancien droit.....	152
Chapitre I ^{er} . — Pays de Droit écrit.....	153
Chapitre II. — Pays de Droit coutumier.....	157
§ 1. Origines.....	157
§ 2. Droit des coutumes.....	160
§ 3. Coutume de Paris.....	162
§ 4. Du Don mutuel entre époux.....	165
§ 5. Edit des secondes noces.....	194
Droit intermédiaire.....	190

DROIT CIVIL FRANÇAIS

De la quotité disponible entre époux, et spécialement de la combinaison de cette quotité avec la quotité disponible ordinaire.

Introduction.....	197
-------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE

De la quotité disponible entre époux, considérée en elle-même	207
---	-----

	PAGES
Chapitre I ^{er} . — Quotité disponible entre époux, lorsque le conjoint donateur ou testateur ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage.....	207
Section I. — Les héritiers réservataires sont des ascendants.....	208
Section II. Les héritiers réservataires sont des enfants communs ou descendants d'eux.....	213
Section III. — Question commune aux deux sections précédentes : L'époux donataire peut-il être dispensé de caution quand la donation porte sur l'usufruit de la réserve ?	235
Chapitre II. — Quotité disponible entre époux, lorsque le conjoint, donateur ou testateur, laisse des enfants d'un précédent mariage.....	239

DEUXIÈME PARTIE

Combinaison de la quotité disponible entre époux avec la quotité disponible ordinaire.....	257
Chapitre I ^{er} . — L'époux donateur qui ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage, a fait des dispositions tant en faveur de son époux qu'en faveur d'un étranger (concours du disponible ordinaire avec le disponible de l'art. 1094)	260
Section I. — Le disponible entre époux est inférieur au disponible ordinaire (le disposant ne laisse qu'un enfant).	263
Section II. — Le disponible entre époux est supérieur au disponible ordinaire.....	266
§ 1. Le disposant laisse trois enfants ou un plus grand nombre	266
§ 2. Le disposant laisse des ascendants.....	298
§ 3. Le disposant laisse deux enfants.....	299
Chapitre II. — L'époux donateur qui laisse des enfants d'un premier mariage, a gratifié à la fois son conjoint et un étranger. (Concours du disponible ordinaire avec le disponible de l'art. 1098).....	304
APPENDICE : Concours des deux disponibles des art. 1094 et 1098	309

TROISIÈME PARTIE

	PAGES
De la réduction des libéralités entre époux qui excèdent la quotité disponible.....	313
Chapitre I ^{er} . — De la réduction lorsque l'époux donateur n'a pas fait en même temps de disposition au profit d'un étranger.....	313
Chapitre II. — De la réduction, quand l'époux donateur a gratifié à la fois son conjoint et un étranger.....	326

QUATRIÈME PARTIE

Des donations indirectes ou dissimulées.....	343
Chapitre I ^{er} . — Donations indirectes.....	345
Chapitre II. — Donations dissimulées.....	350
POSITIONS.....	367

Vu par le Président de la Thèse :

CH. LYON-CAEN.

Vu par le Doyen de la Faculté :

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

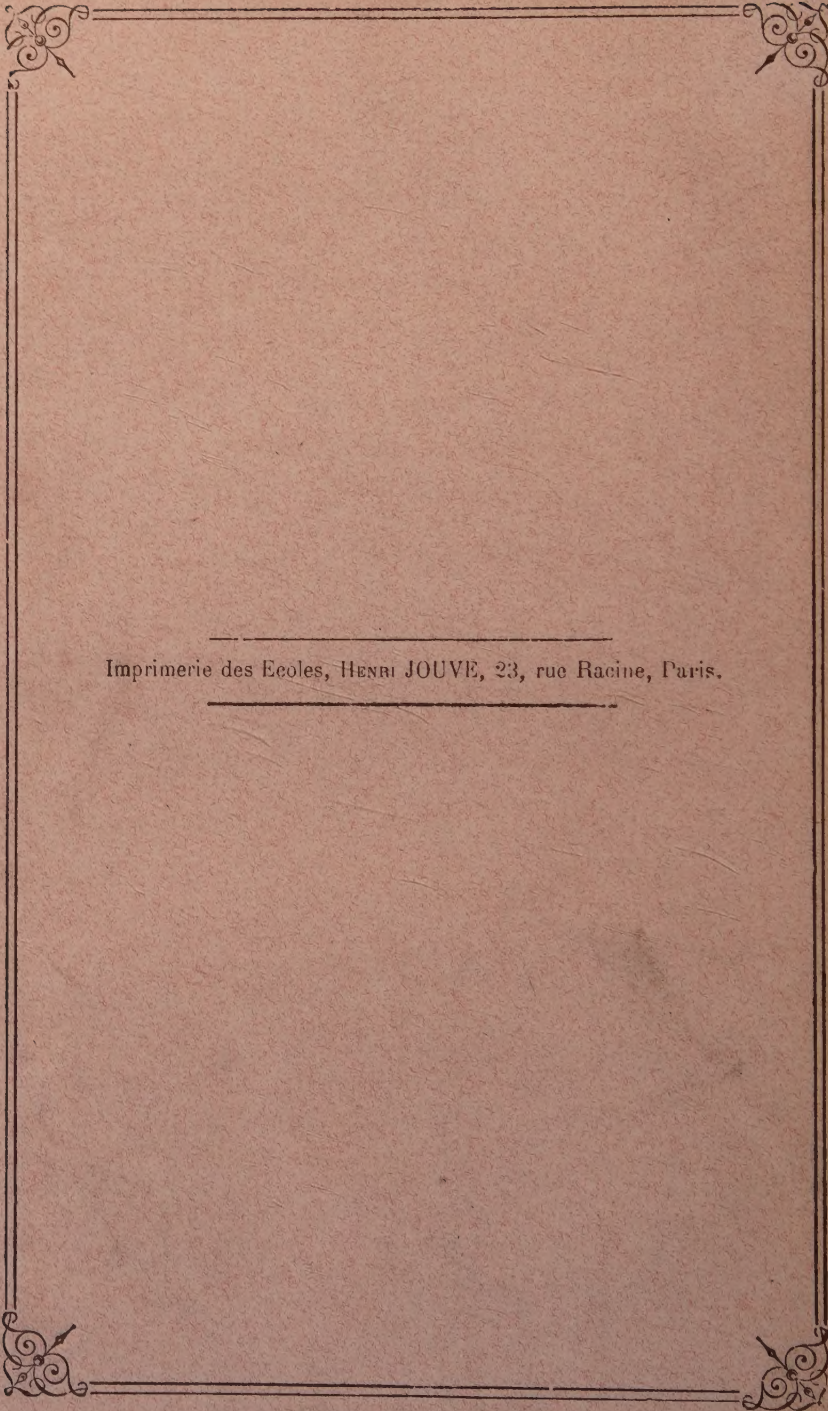
GRÉARD.

(Mighty as it is to reduce the force of
the bill in some cases it will not

be enough to prevent the
point of no return.

The point is President is in
OL. LEON-GARY.

The point is President is in
OL. LEON-GARY.



Imprimerie des Ecoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.